

Etterforskningsmetoder med provokativt tilsnitt



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 753
Leveringsfrist: 25.04.2011

Til sammen **15959** ord

12.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av temaet	1
1.2	Historikk	3
1.3	Presentasjon av oppgaven	4
<u>2</u>	<u>BEGREPER</u>	<u>5</u>
2.1	Innledende	5
2.2	De ulike former for provokasjon	5
2.2.1	Tiltaleprovokasjon	5
2.2.2	Bevisprovokasjon	6
2.2.3	Avvergende provokasjon:	7
2.3	Metoder som har likhetstrekk med provokasjon	8
2.3.1	Infiltrasjon	8
2.3.2	Kontrollerte leveranser	8
2.3.3	«Lokkedue»	9
2.3.4	Salgsprovokasjon	10
<u>3</u>	<u>HJEMMELSGRUNNLAGET FOR PROVOKASJON</u>	<u>10</u>
3.1	Lov	10
3.2	Rettspraksis	11
3.3	Riksadvokatens instruks	12
3.4	Juridisk litteratur	14

4 VILKÅR FOR LOVLIG BRUK AV PROVOKASJON **14**

4.1	Definisjon av provokasjon	14
4.1.1	Om villfarelse	15
4.1.2	Kontakt og årsakssammenheng	16
4.2	Hovedvilkår for lovlig bruk av provokasjon	17
4.2.1	Innledende	17
4.2.2	Grunnvilkåret	17
4.2.3	Krav til årsakssammenheng	18
4.2.4	Initiativ	21
4.2.5	Marked	22
4.2.6	Tid, sted og utførelse	23
4.2.7	Oppsummering av grunnvilkårets vurderingstema	26
4.3	HVILKE SKRANKER GJELDER ETTER EMK?	27
4.3.1	Innledende	27
4.3.2	Artikkel 6	27
4.3.3	Artikkel 8	28
4.3.4	Oppsummering	29

5 TILLEGGSVILKÅR FOR LOVLIG BRUK AV PROVOKASJON **29**

5.1	Innledende	29
5.2	Prosessuelle grunnprinsipper	29
5.3	Mistankekrav	30
5.4	Kravet til at andre metoder er forsøkt	31
5.5	Alvorlige forhold	33
5.6	Kontroll	34
5.7	Kompetanse	35
5.7.1	Beslutningskompetanse	35

5.7.2	Gjennomføringskompetanse	37
<u>6</u>	<u>RETTSVIRKNINGER AV LOVLIG OG ULOVLIG BRUK AV PROVOKASJON</u>	<u>38</u>
6.1	Rettsvirkninger av en lovlig utført provokasjon	38
6.2	Rettsvirkninger av en ulovlig gjennomført provokasjon	39
6.2.1	Innledende	39
6.2.2	Brudd på grunnvilkåret	39
6.2.3	Den alminnelige rettstridsreservasjonen	40
6.2.4	Brudd på tilleggsvilkår	42
6.2.5	Oppsummering	42
<u>7</u>	<u>LOVFESTING</u>	<u>43</u>
7.1	Legalitetsprinsippet	43
7.2	Bør provokasjon som etterforskningsmetode lovfestes?	44
<u>8</u>	<u>BØR MAN ANVENDE PROVOKASJON SOM ETTERFORSKNINGSMETODE?</u>	<u>47</u>
8.1	Innledende	47
8.2	Behovet for provokasjon	47
8.3	Utfordringer vedrørende bruk av provokasjon	48
8.3.1	Kriminalisering	48
8.3.2	Misbruk	49
8.3.3	Tillit	51
8.3.4	Personvern	51
8.4	Avsluttende bemerkninger	52
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>55</u>

1 INNLEDNING

1.1 Presentasjon av temaet

Et av elementene som hører med når en straffbar handling oppdages, er politiets etterforskning. De konkrete steg og detaljer rundt etterforskning er beskrevet i straffeprosesslovens kapittel 18. Politiet har som utgangspunkt plikt til å gjennomføre etterforskning når de får kjennskap til en straffbar handling, og etterforskningens formål er å innhente informasjon for behandlingen av straffesaken på både påtalestadiet, pådømmelsesstadiet og fullbyrdsstadiet. Politiet søker altså å klarlegge handlingsforløpet, hvem som er de involverte parter, om noe straffbart har hendt og om noen kan siktes for en lovovertrødelse. Hvis politiet ikke avdekker noe straffbart gjennom sine undersøkelser, vil ingen straffeforfølging settes i gang.

Allment kjent er politiets arbeidsmetoder ved forbrytelser som *allerede er begått*, som for eksempel å avhøre vitner og foreta krimtekniske undersøkelser. Mer sjeldent hører vi om muligheten politiet har til å komme lovbruddet *i forkant* ved en mer offensiv fremgangsmåte. Jeg tenker da på å infiltrere kriminelle miljøer, eller når politiet selv forsøker å fremprovosere den straffbare handlingen.

Behovet for å tenke nytt melder seg etterhvert som den organiserte kriminalitet blir mer avansert og vanskelig å avsløre. Metoder som gir politiet en mulighet til å nå frem til bakmennene for de alvorligste handlingene, blir essensielt.

Allerede tilbake på 1970-tallet så man vanskelighetene i forbindelse med etterforskning av narkotikasaker. I tidligere riksadvokats Dorenfeldts artikkel fra 1978 ¹ ble det for eksempel nevnt at kriminaliteten hadde blitt vanskeligere å avdekke på grunn av profesjonaliteten i de organiserte miljøene. Dorenfeldt var også tidlig ute med å påpeke at ofrene for denne

¹ Se Dorenfeldt L.J. *Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?* Lov og rett 1978 s. 294

typen kriminalitet ikke ønsket eller turte å anmelde. Det er ingen grunn til å tro at disse problemene har blitt mindre gjennom årenes løp, snarere tvert imot. I Stortingsmelding nr. 7 (2010-2011): *Kampen mot organisert kriminalitet*, fokuseres det blant annet på utfordringene rundt den omfattende internasjonaliseringen de siste tiår, og på hvor profesjonelle og lukkede en del kriminelle nettverk har blitt, i tillegg til økningen av voldsbruk.

Med bakgrunn i den nevnte utvikling, har det over lang tid utviklet seg nye arbeidsmetoder i politiet. Noen av disse samles under betegnelse «utradisjonelle» eller «ekstraordinære» etterforskningsmetoder. Dette er ikke begrep med et entydig innhold, da det ikke eksisterer noen lovregulering av innholdet, men generelt kan begrepet sies å bli brukt om inngripende metoder med et element av hemmelighold. Infiltrasjon, avlytting, spaning og provokasjon er metoder som Høyesterett har plassert inn under begrepet. For øvrig har heller ingen av disse uttrykkene en rettslig base, men er allment brukt i praksis og litteratur.

Uttrykket «ekstraordinære» eller «utradisjonelle» er kanskje ikke helt treffende lenger, begrepet omfatter blant annet telefonkontroll i narkotikasaker² – og det kan neppe kalles utradisjonelt eller ekstraordinært med tanke på den relativt utbredte bruken i dag.

Begrepene vil nok også etterhvert kunne romme flere metoder enn de gjør i dag. I Stortingsmelding 7 (2010-2011): *Kampen mot organisert kriminalitet*, vektlegges nettopp metodeutvikling i politiet med henblikk på bekjempelsen av den organiserte kriminaliteten.³

«Politiprovokasjon» har blitt det alminnelige uttrykket i litteraturen og i dagligspråket om etterforskningsmetoder med provokativt tilsnitt. Begrepet er kanskje ikke det heldigste, siden uttrykket har en slags «beskyldende klang», man får lett inntrykk av at politiet har gjort noe galt. Det er viktig å ha klart for seg at begrepet «provokasjon» ikke automatisk skal forstås som at politiet har gjort noe feil i sitt arbeid, uttrykket brukes nemlig både om den lovlige og den ulovlige provokasjon.

² Eksempelet er hentet fra Andorsen, Kjell V. *Provokativ politietterforskning* Jussens venner 1/2001 s. 3

³ Stortingsmelding nr. 7 (2010-2011): *Kampen mot organisert kriminalitet* s. 8

Provokativ etterforskning vil i praksis si at politiet tilrettelegger for at en lovovertrедelse *kan* skje, dette gjerne for å kunne få informasjon om bakmenn eller forbedre å kunne kontrollere et hendelsesforløp. Dette kan de for eksempel gjøre ved å inngå en avtale om kjøp av narkotika, for å så følge selgerens spor tilbake til leverandøren, og dermed kunne gå til arrestasjon av selve leverandøren og ikke bare av de som selger for ham. Her går politiet altså lenger enn bare å observere et visst miljø fra avstand som man gjør ved spaning, og lenger enn man gjør ved å infiltrere miljøet og bringe informasjon videre – man har faktisk en aktiv deltagelse i planleggingen eller utførelsen av det straffbare forholdet. Dette kan virke i strid med en av politiets hovedmålsetninger, nemlig å stanse kriminalitet. Ved provokasjon er jo politiet en medvirkende faktor til at en bestemt kriminell handling blir gjennomført, man går ikke inn for å hindre den. Samtidig, så kan det å *la* den ene handlingen skje, forebygge mange andre kriminelle handlinger, for eksempel ved at man får avslørt en organisert gruppe slik at denne blir satt ut av spill for lengre tid.

Det er mange aspekter ved provokasjon som er spennende å sette seg inn i. Alt fra det rent politimessige, altså den hemmelige og til tider risikofylte arbeidsformen i seg selv, til de ulike rettslige problemstillingene metoden reiser. Her står vi overfor en metode som legger forholdene til rette for at en kriminell handling kan gjennomføres, i verste fall kan man ende opp med å *skape* lovbrudd i stedet for å forhindre dem.

Jeg ønsker å finne ut i hvilke situasjoner en provokasjon er lovlig, hvor grensen for lovlig provokasjon går og hva en eventuell virkning av overtramp vil være.

I tillegg vil jeg vite hvorfor en så inngripende metode ikke er lovfestet.

1.2 Historikk

Det er uklart akkurat når politiet begynte å bruke provokasjon som arbeidsmetode, siden det først ble en offentlig diskusjon rundt metoden etter de første sakene som havnet i rettssystemet. Det var på slutten av 1970-tallet vi fikk to saker i Høyesterett angående retten til å bruke provokasjon som etterforskningsmetode. Disse sakene førte igjen til at

daværende riksadvokat Dorenfeldt holdt foredrag om temaet, og skrev en artikkel basert på foredraget som ble trykket i Lov og rett.⁴ I denne artikkelen viser Dorenfeldt til at temaet provokasjon faktisk ble nevnt så langt tilbake som 1950, han tenker da på riksadvokat Aulies uttalelser om bruk av tystere og provokatører i forbindelse med landssvikoppgjøret.⁵ Så om arbeidsmetoden ikke var ny, så ble fokuset likevel nytt fra 1970-tallet, og metoden gikk fra å være noe politiet muligens anvendte i det skjulte, til en arbeidsmetode som det ble oppstilt tydelige krav til i rettspraksis.

1.3 Presentasjon av oppgaven

Denne masteroppgaven er av deskriptiv karakter.

Jeg innleder oppgaven med en presisering av begreper (kapittel 2), og jeg fortsetter med å redegjøre for rettskildegrunnlaget for provokasjon (kapittel 3).

Jeg kommer til å beskrive vilkårene som gjelder for bruken av provokasjon som etterforskningsmetode, og i den sammenheng vil jeg komme innom praksis fra Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen (kapittel 4). Etter en gjennomgang av de vilkår som oppstilles for lovlig provokasjon, vil jeg se på de ulike rettsvirkningene av en eventuell ulovlig provokasjon (kapittel 5).

De rettspolitiske vurderingene som gjør seg gjeldende i forhold til lovregulering av provokasjon vil deretter være tema (kapittel 7). Oppgaven vil avsluttes med en vurdering av hvorvidt man er tjent med å tillate provokasjon som etterforskningsmetode (kapittel 8).

⁴ Dorenfeldt, L.J. i Lov og rett 1978 s. 291-303 *Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?*, se s. 291-292 for mer om de to rettssakene

⁵ For mer om dette se Stortingsmelding nr. 64 (1950): Angrepene på rettsoppgjøret med landssvikerne

2 BEGREPER

2.1 Innledende

Uttrykket provokasjon er i utgangspunktet ikke entydig, men omfatter flere metoder som kan ha ulikt formål. De ulike inndelingene av provokasjon er først og fremst stilt opp av teoretikere og det er viktig å vite at grensene er flytende i praksis. At man kaller en provokasjonshendelse det ene eller det andre, har ikke uten videre rettslig betydning. Vi har avgjørelser fra Høyesterett hvor de benytter seg av de ulike forgreningene av provokasjonsbegrepet, men grensene er altså ikke fastlåste og konsekvente. Inndelingen som følger er et forsøk på å sette opp et system på grunnlag av teori og rettspraksis, som først og fremst er til hjelp for tanken.

I tillegg til ulike former av provokasjon har vi metoder som ligner provokasjon, uten at det karakteriseres under denne kategorien. Heller ikke her er grensene i praksis helt fastsatte, og man vil ha tilfeller hvor metodene vil gli over i hverandre.

Det kan også nevnes at man ikke må forveksle provokasjon som etterforskningsmetode med provokasjon i betydningen provoserende atferd forut for en legemsfornærmelse eller lignende. Begge typer provokasjon kan utføres av politiet, og begge typer kan gi grunnlag for å slippe straff for en ulovlig handling – men her stopper også likhetene.⁶

2.2 De ulike former for provokasjon

2.2.1 Tiltaleprovokasjon

Når formålet med en provokasjonshandling er å skaffe bevis for bruk i en straffesak, betegnes metoden som tiltaleprovokasjon. Begrepet brukes blant annet i NOU 2004:6 punkt 7.5.2.1. Tiltaleprovokasjon kjennetegnes ved at politiets inngripen skjer i *forkant* av den straffbare handlingen. Et eksempel kan være at politiet inngår en avtale om kjøp av narkotika hos noen man vet selger stoff, her vil den straffbare handling først gjennomføres når gjerningspersonen skaffer narkotikaen. Denne typen provokasjon ses som den mest

⁶ For utdyping angående denne formen for provosering se Hopsnes, Roar *Provokasjon som politimetode*, Jussens venner 2/2003 s. 64

inngripende, da faren for å påvirke en person til å begå ulovligheter han ellers ikke ville gjort i sterkere grad er til stede her. Tiltaleprovokasjon er denne oppgavens tema, og innhold og vilkårene rundt denne formen for provokasjon blir beskrevet i detalj i oppgavens punkt 4.

Når jeg videre i oppgaven bruker uttrykket *etterforskningsmetoder med provokativt tilsnitt*, og begrepet *provokasjon*, så er det tiltaleprovokasjon jeg sikter til.

2.2.2 Bevisprovokasjon

Bevisprovokasjon er et uttrykk man kan bruke om den situasjonen at det allerede er blitt begått en straffbar handling, og at politiet i *etterkant* forsøker å skaffe bevis for denne handlingen ved hjelp av provokasjon. Et eksempel kan være at politiet arrangerer en samtale hvor man får noen til å røpe hvem som deltok i en ulovlighet. En mer typisk form for bevisprovokasjon vil være hvor politiet fremprovoserer et narkotikasalgs for å skaffe bevis for narkotikabesittelse. Her straffes ikke gjerningspersonen for forsøk på salg, fordi det ikke kan utelukkes at det er politiets forespørsel som skaper selve salgssituasjonen. På den andre siden kan han straffes for erverv og oppbevaring, siden disse handlingene ikke er initiert av politiet.

Når det gjelder vilkårene for bruk av bevisprovokasjon har vi en uttalelse i dommen inntatt i Rt. 1999 s. 1269 (Verksmesterdommen). Dommen omhandler en fengselsbetjent som angivelig skulle ha hjulpet en fange med å rømme. For å skaffe bevis for dette innledet påtalemyndigheten et samarbeid med en annen innsatt som ba betjenten om hjelp til å arrangere sin rømning. Den innsatte hadde båndopptaker på seg, og fikk betjenten i samtale også om den forrige rømningen. Her presiserer førstvoterende følgende:

”Etter min oppfatning antar provokasjonshandlinger som tar sikte på å fremskaffe beviser for straffbare handlinger som er begått, så forskjellig karakter, at det ikke kan oppstilles felles retningslinjer for når slike provokasjonshandlinger kan aksepteres som lovlige etterforskningskritt.”

Det er naturlig å tenke at det Høyesterett her sikter til, er at provokasjon for å skaffe bevis er en mindre inngripende metode enn den provokasjon som benyttes i forkant av den

straffbare handlingen. Dette på grunn av at man ved innblanding forut for handlingen, kan stå i fare for å skape kriminalitet som ikke ville ha blitt begått uten politiets aktivitet. Ved bevisprovokasjon har den straffbare handlingen allerede blitt begått, og de samme hensyn gjør seg ikke gjeldende.

2.2.3 Avvergende provokasjon:

Avvergende provokasjon vil man ha i de tilfeller hvor politiet ønsker å forebygge eller stanse en ulovlig handling, uten tanke for å skaffe bevis til en senere straffesak. Et kjent eksempel er dommen inntatt i Rt. 1998 s. 407 (Skrik I). Et av Edvard Munchs mest kjente malerier, «Skrik» hadde blitt stjålet, og politiet fremprovoserte et salg for å sikre at maleriet kunne komme tilbake til Nasjonalgalleriet i uskadet stand. Denne formen for «reddende» provokasjon ble sett som uproblematisk av Høyesterett, se dommer Aarbakkes uttalelse:

«...den aksjon politiet iverksatte i «Skrik»-saken, hadde som overordnet og prisverdig formål å bringe maleriet i uskadet stand tilbake til Nasjonalgalleriet. Som redningsaksjon var politiets handlemåte vellykket, og jeg ser ikke noe ulovlig eller urettmessig ved den som redningsaksjon betraktet.»

Setningen «som redningsaksjon betraktet» er essensiell her, det er kun aksjonen som redningsaksjon Høyesterett ser som rettmessig; altså selve det å få tilbake maleriet. Derimot ble ikke provokasjonen godtatt som grunnlag for å dømme gjerningsmannen for heleriforsøket. En domfellelse av gjerningsmannen er et annet formål enn det å redde maleriet, og man passerer her grensen for hva som ses som avvergende provokasjon og kommer over i tiltaleprovokasjon. Høyesterett mente at de strengere vilkårene som gjelder for bruk av den siste typen provokasjon ikke var oppfylt, og gjerningsmannen måtte frikjennes.

Noe annet er at avvergende provokasjon selv kan skape tilfeller av tiltaleprovokasjon. Man kan se for seg at politiet får noen andre til å utføre en ulovlig handling, for å skaffe bevis for den *forrige* ulovlige handlingen. Da vil det kunne bli aktuelt å reise tiltale for dette, og *da* er man over i tiltaleprovokasjon og de regler som gjelder her.

2.3 Metoder som har likhetstrekk med provokasjon

2.3.1 Infiltrasjon

Infiltrasjon er et uttrykk som brukes om at politiet får tilgang til et kriminelt miljø eller område ved å skjule identiteten sin. Infiltrasjon er ikke et rettslig begrep og har ingen fast definisjon, men begrepet har vunnet innpass og brukes av de fleste som beskriver denne problemstillingen.

Den øvre grensen for infiltrasjon vil være der politiet nærmer seg provokasjon, altså der de ikke bare observerer og er en del av et miljø, men aktivt påvirker personenes handlinger.

Den nedre grensen for infiltrasjon, vil være det som karakteriseres som spaning. Dette er heller ikke et rettslig begrep, men likevel et velkjent uttrykk som brukes om den rene observasjon av et miljø, her foreligger det ingen tilnærming fra politiets side.

Spørsmålet om lovligheten av å anvende infiltrasjon er aldri blitt tatt direkte stilling til av Høyesterett, da problemstillingen aldri har kommet på spissen i noen sak. Derimot har Høyesterett tatt stilling til bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder generelt, og det kan da som utgangspunkt legges til grunn at de vilkår som er oppstilt for bruk av ekstraordinære metoder, også gjelder for bruk av infiltrasjon. Siden infiltrasjon er en noe mindre inngripende metode enn provokasjon, kan man se for seg at terskelen for bruk av infiltrasjon kunne bli noe lavere.

2.3.2 Kontrollerte leveranser

Heller ikke det som går under betegnelsen *kontrollert leveranse* må forveksles med provokasjon. Kontrollerte leveranser er en metode som kjennetegnes av en passiv væremåte fra politiets side; politiet er klar over at en ulovlig handling skal finne sted, men velger å ikke gripe inn.

Uttrykket er definert i NOU 1997:15 i punkt 4.2.8.6 som tilfeller hvor et:

«...parti ulovlige varer som f.eks. narkotika, smuglervarer, eller tyvegods som lokaliseres og kunne vært beslaglagt, under kontroll tillates å bli transportert frem til mottakeren for at politiet skal kunne avdekke forbindelseslinjer og mottakerledd.»

Her fremprovoseres det ingen handlinger, man bare lar den planlagte handlingen gjennomføres som opprinnelig tenkt, og metoden er dermed langt mindre inngripende enn provokasjon.

2.3.3 «Lokkedue»

Når politiet tar i bruk såkalte «lokkeduer», tenker man på situasjoner der de arrangerer en fristende situasjon for en kriminell person eller miljø, for å kunne ta dem på fersk gjerning. Det er rett og slett snakk om å legge ut et agn som man håper de kriminelle skal bite på. Et eksempel kan være at politiet parkerer en luksusbil som i et område hvor man har vært sterkt plaget med tyveri av dyre biler, og at de overvåker bilen og er klar til å gripe inn om bilen blir forsøkt stjålet. Et mer klassisk eksempel er de tilfellene hvor man utplasserer en kvinnelig, sivil politibetjent i en park hvor det har forekommet mange voldtekter.⁷

Lokkedue-metoden ligner kanskje provokasjon mer enn tilfellene av kontrollert leveranse, politiet spiller en mer aktiv rolle her og har noe mer påvirkningskraft over hendelsesforløpet. I lokkeduetilfellene kan man, som ved provokasjon, stå i fare for å skape kriminalitet som ikke ville ha hendt uten politiets inngripen. Jeg tenker da på tilfeller hvor politiet setter en person overfor en ekstremt sjelden og fristende situasjon. Men, når metoden brukes som den er ment og man bare arrangerer mer ordinære situasjoner, så er valget om å gjøre en kriminell handling helt og holdent gjerningspersonens eget, og man må selv stå til ansvar for det. For øvrig kan man argumentere for at dette vil gjelde også uavhengig av hvor unormal og fristende situasjonen er, til syvende og sist er det ens eget valg å krysse grensen for en ulovlig handling.

Grensen mellom lokkedue-metoden og provokasjon trekkes der politiet er i direkte kontakt med gjerningsmannen. I eksempelet med utplasseringen av luksus bilen, ville vi vært over i provokasjon om politiet i tillegg hadde gitt gjerningspersonen informasjon om at det sto en bil som var lett å stjele der, og meldt sin interesse som kjøper av bilen etter at den var stjålet.

⁷ Eksempelet er brukt av Gammeltoft-Hansen TfR 1984 s. 95, og også Hopsnes *Provokasjon som politimetode* Jussens Venner 2/2003 s. 80

2.3.4 Salgsprovokasjon

Salgsprovokasjon brukes også som eget begrep, se NOU 2004:6 punkt 7.5.2.1. Her betegnes salgsprovokasjon som et typetilfelle av lokkeduetilfellene. Metoden beskrives slik at politiet ikke aktivt styrer eller fremkaller en handling, men de inntar en mer passiv rolle, som for eksempel kjøper av narkotika. Handlingen deres består utelukkende i å takke ja til å kjøpe narkotika, selve tilbudet blir gitt dem uten noen annen foranledning enn at de oppholder seg i et belastet område.

3 HJEMMELSGRUNNLAGET FOR PROVOKASJON

3.1 Lov

Det er ikke gitt noen lover som nevner noe om provokasjonstilfellene, men regler om andre ekstraordinære etterforskningsmetoder som for eksempel kommunikasjonskontroll og avlytting, finner vi i straffeprosessloven. I samme lov har vi også generelle bestemmelser om etterforskning, men ingen konkret regulering av hvilke metoder etterforskning kan bestå av. Stort sett er de tradisjonelle etterforskningsskrittene handlinger som alle kan foreta seg; snakke med andre, observere, samle inn opplysninger fra offentlige kilder og undersøkelser på åstedet. Dette kan gjøres i kraft av den alminnelige handlefrihet som vi alle har, og lovhjemmel trengs ikke.

Men lovfesting har vært vurdert, og vi har flere forarbeider som omtaler provokasjon, selv om ingen av dem har ført til en lovfesting av metoden. Spørsmålet om lovfesting av provokasjon ble tatt opp allerede i forarbeidene til straffeprosessloven på slutten av 1970-tallet. I Ot.prp nr. 35 (1978-79) diskuterer man lovfesting av de ekstraordinære etterforskningsmetoder, men valgte altså å la rettspraksis trekke opp grensene. På nytt ble temaet tatt opp i NOU 1997:15, der et utvalg nedsatt av Justisdepartementet skulle se på politiets etterforskningsmetoder. Utredningen ble fulgt opp i Ot.prp nr 64 (1998-99) og videre i Innst.O nr. 3 (1999-2000). Samlet førte disse til visse

endringer i straffeprosessloven og straffeloven, men provokasjon ble ikke lovfestet nå heller.

Hovedargumentet mot lovfesting virker å være en redsel for å miste fleksibiliteten i regelverket om rammene ikke fritt kan trekkes opp av rettspraksis. Til dette kan det motargumenteres med at en lovfesting ikke trenger å være så detaljert at det ikke er noen vurdering igjen til det konkrete tilfellet domstolene står overfor.⁸

Selv om norsk lov ikke sier noe om provokasjon, må man huske at Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) gjelder som om den skulle ha vært norsk lov, se menneskerettsloven § 2 nr 1. Nå er det ingen direkte bestemmelser om provokasjon i konvensjonen, men praksis fra Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen (EMD) har vist at tilfeller av provokasjon likevel kan rammes av noen av de generelle artiklene.⁹

3.2 Rettspraksis

Etterforskningsmetoder med provokativt tilsnitt er hjemlet i Høyesterett sin praksis. En rekke vilkår for bruk av provokasjon som etterforskningsmetode er utviklet av domstolene. Først og fremst er dommen inntatt i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I)¹⁰ retningsgivende. I denne saken trådte politiet inn i en mistenkt narkotikaforbryters telefonkontakt med en leverandør, og avtalte levering i Norge. Når varene ankom ble de som hadde forestått leveringen av stoffet arrestert. I denne dommen settes de rettslige rammene for provokasjon opp. Først og fremst blir grunnvilkåret for bruk av provokasjon formulert; *det kan ikke aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått*. Grunnvilkåret gjentas i senere dommer, og har ikke blitt fraveket i noen avgjørelse. I dommen presiseres grunnvilkåret ved en tolkning av hva som ligger i «fremkalt», og det stilles opp en regel om at initiativet til den kriminelle handling må tas av gjerningsmannen om en provokasjon skal bli ansett som lovlig. Dommen går inn på svært mange og varierte problemstillinger rundt provokasjon og er helt klart den mest sentrale dommen på området.

⁸ Se mer om dette i oppgavens punkt 7.2

⁹ Dette kommer jeg nærmere inn på i oppgavens punkt 4.3

¹⁰ Dommen har fått populærnavnet «Politiheroin», som er noe bemerkelsesverdig, siden stoffet saken omhandler er amfetamin.

En annen sentral avgjørelse er dommen inntatt i Rt. 1998 s. 407 (Skrik I). I denne saken var et av Edvard Munchs mest kjente malerier, «Skrik» blitt stjålet, og politiet fremprovoserte et salg for å sikre at maleriet kunne komme tilbake til Nasjonalgalleriet. Dommen viser at Høyesterett ikke alltid legger avgjørende vekt på initiativet ved vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt. Her kom retten frem til at handlingen var fremprovosert av politiet, på tross av at initiativet ble tatt av mistenkte. Det avgjørende for retten var at politiets innblanding skapte den eneste tenkelige salgsmuligheten for maleriet – politiet skapte markedet.

Når det gjelder vekten av en høyesterettsdom som rettskilde, er denne generelt sett svært høy. Når et spørsmål er avgjort av Høyesterett, så følger som hovedregel alltid de lavere instansene regelen som ble oppstilt når de står ovenfor samme problemstilling. Ofte følger også Høyesterett sine egne tidligere avgjørelser, og det at de følger samme linje angående et konkret tilfelle, kan gi grunnlaget for dannelsen av en regel. Tidligere var en slik rettsskapende funksjon hos domstolene noe man ikke helt ville gi rom for, men i dag er det ingen tvil om at Høyesterett har en slik kraft gjennom sine avgjørelser.

3.3 Riksadvokatens instruks

I 1980 ga riksadvokaten retningslinjer gjennom instruks til sine underordnede angående etterforskning med provokasjonstilsnitt i narkotikarelaterte saker. Senere har det blitt gjort noen endringer i disse, og hovedpunktene er inntatt i NOU 1997:15 side 83-84. I tillegg er temaet behandlet i riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 av 26. april.

Instruksen kan i hovedsak oppsummeres slik:

Grunnvilkåret for rettmessig bruk av provokasjon er at politiet ikke fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått. Ved en vurdering av dette skal det legges vekt på hvem som har tatt initiativet til den straffbare handlingen.

Grunnvilkåret suppleres med flere spesielle punkter, gjerne kalt riksadvokatens 8 punkter;

1. Avgjørelsen om å ta i bruk provokasjon skal treffes av politimesteren, og før selve operasjonen skal det innhentes samtykke fra statsadvokaten.
2. Det skal foreligge sterk mistanke. Skjellig grunn er i utgangspunktet ikke nok.

3. Metoden benyttes bare der det aktuelle narkotikapartiet er av en viss størrelse.
4. Stoffet må være i Norge.
5. Narkotikaen må være ment for omsetning.
6. Ved pengetransaksjoner der politiet skal fremvise penger kan det ikke anvendes private midler, kun offentlige, og disse må sikres.
7. Tradisjonell etterforskning må anses uhensiktsmessig for at utradisjonell etterforskning skal kunne iverksettes.
8. Dersom formålet med operasjonen er å fremskaffe bevis med tanke på salgstiltale «salgsprovokasjon», kan kun polititjenestemenn fremstå som kjøpere av stoffet.

Riksadvokaten har også oppstilt som ufravikelig krav at det skal foreligge en plan som dekker enhver fase i utviklingen, med særlig vekt på å sikre det personell som er involvert.

Instrukser er internt bindende, og politi og påtalemyndighet plikter å handle i tråd med sine instrukser. Ved brudd på disse retningslinjene kan alvorlige interne konsekvenser oppstå, i verste fall kan man risikere å miste sin stilling.

Når det gjelder den rettskildemessige betydningen av instrukser derimot, så er denne lav. Domstolene ser seg ikke bundet av instrukser, uansett hvem de er gitt av. Det fremgår også klart av uttalelser i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I). Her sies det at domstolen «*selvsagt*» ikke er bundet. Så domstolene trenger altså ikke å tillegge brudd på rundskrivet betydning, og motsatt; de kan velge slå ned på metodebruken selv om rundskrivets regler er fulgt til punkt og prikke.

En annen sak er at Høyesterett selv har inntatt mange av de samme punktene som riksadvokaten har satt opp, en uttalelse i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I) viser at Høyesterett søker støtte i riksadvokatens skriv:

»Etter riksadvokatens retningslinjer er det en forutsetning for bruk av etterforskning med provokasjonspreg i narkotikasaker at det foreligger sterk mistanke om narkotikaforbrytelse (...).»

Ved at Høyesterett gjentar det som allerede står i instruksene, kan man se det som at de gir sin godkjenning til det som er uttalt, og gir reglene som opprinnelig var oppstilt større vekt siden de nå er uttalelser fra Høyesterett.

3.4 Juridisk litteratur

Juridisk litteratur er selvsagt ingen mulig hjemmel for provokasjon, men litteraturen kan være grei å bruke som en oppsummering av regelverket som er oppstilt gjennom rettspraksis. Det finnes noen dyptgående artikler om provokasjon som etterforskningsmetode, se for eksempel tidligere riksadvokats Dorenfeldts artikkel i Lov og rett 1978 «Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?» I nyere tid er Roar Hopsnes sin «Provokasjon som politimetode» i Jussens venner 2/2003 en grundig og omfangsrik artikkel.

4 VILKÅR FOR LOVLIG BRUK AV PROVOKASJON

4.1 Definisjon av provokasjon

Provokasjon er ikke et entydig begrep, og det foreligger således ingen gyldig legaldefinisjon av hva som omfattes av provokasjonsbegrepet.

Riksadvokaten definerer provokasjon på følgende måte:

«...når politiet ved infiltrasjon eller bruk av personer påvirker straffbare handlinger som andre foretar, for å bedre sin kunnskap om eller kontroll med et hendelsesforløp.»¹¹

Et forslag med omtrent det samme innholdet, men som peker på flere aspekter ved provokasjon har Metodeutvalget formulert. Utvalget ble oppnevnt ved Kongelig resolusjon av 6. juli 2001 med mandat å utrede og fremme forslag til regler om politiets bruk av

¹¹ Se riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 punkt III 1.

metoder i forebyggende øyemed. Utvalget leverte et forslag om en omredigering av politiloven, der de nye forebyggende metodene var inkorporert. Utvalgets definisjon lyder:

«Provokasjon kjennetegnes ved at politiet selv eller en som opptrer på politiets vegne, tar kontakt med en person og utnytter en villfarelse hos ham til å blande seg styrende inn i et hendelsesforløp som fører til en straffbar handling eller til en mer straffverdig handling.»

12

Metodeutvalgets definisjon sammenlignet med riksadvokatens, peker ikke bare på at politiet påvirker den straffbare handlingen, men kommer i tillegg inn på *hvordan* denne påvirkningen skal skje for at det er provokasjon vi står ovenfor. Gjerningsmannen må være i *villfarelse* om politiets identitet og politiet må ha en eller annen form for *kontakt* med gjerningsmannen.

4.1.1 Om villfarelse

I sakene Høyesterett har bedømt vedrørende provokasjon som etterforskningsmetode, har gjerningsmannen vært i *villfarelse* når det gjelder politiets innblanding. Han har altså ikke visst at det er representanter for politiet han samhandler med.

Dette er et sentralt element ved provokasjon, det er jo nettopp fordi gjerningsmannen ikke vet hvem han samhandler med, at politiet kan argumentere med at den straffbare handlingen uansett ville blitt gjennomført. Så lenge personen ikke vet at det er noe unormalt med den situasjonen han befinner seg i, så vil han ta sine valg om å begå ulovligheter på akkurat det samme grunnlag som når politiet ikke er innblandet. Det blir således mindre grunn til å tvile på straffverdigheten av handlingen.

Man ser godt forskjellen mellom provokasjon og tradisjonell etterforskning når man ser på dette med villfarelse. Under tradisjonell etterforskning er aldri gjerningspersonen i villfarelse om hverken politiets identitet eller oppgaver.

¹² Se NOU 2004:6 *Mellom effektivitet og personvern* punkt 7.5.2.1

4.1.2 Kontakt og årsakssammenheng¹³

Et annet kjennetegn ved alminnelig provokasjon er at det har vært *kontakt* mellom politiet og gjerningsmannen. Vi vil her stå overfor en innblanding på et høyere nivå enn ved spaning og ved lokkedue-tilfellene. Ikke bare skal det ha vært kontakt mellom politi og gjerningsmann, men det skal ha foreligget en aktiv opptreden fra politiets side. Det avgjørende er riktignok ikke om kontakten er av fysisk eller psykisk art, men at den virker styrende på handlingsforløpet i større grad enn å legge til rette fristende omstendigheter. Grensen trekkes mot den rent passive påvirkning hvor politiet kun arrangerer situasjonen, da vil det være tale om et lokkedue-tilfelle.

Den neste vurderingen man må inn på, er hvilken årsakssammenheng det må finnes mellom politiets kontakt og den ulovlige handlingen. Hvis politiets kontakt ikke påvirket gjennomføringen av den straffbare handling i noen grad, kan man ikke si at det foreligger provokasjon.

Provokasjon vil det heller ikke være om politiet kun påvirker gjerningsmannen gjennom *fysisk* bistand. Vi står da i stedet overfor et lokkedue-tilfelle, hvor man kun skaper den fristende situasjonen, men man skaper ikke ideen om gjennomføringen i gjerningsmannens sinn. Vi står først overfor provokasjon hvor politiet har:

«...vært et virkende element i objektets subjektive motivasjon»¹⁴

Dette ser man ut fra at høyesterettsdommene som angår provokasjon nettopp drøfter hvorvidt det har vært psykisk påvirkning fra politiets side.¹⁵

¹³ Som Hopsnes angående kontakt og årsakssammenheng. Se Hopsnes, Roar *Provokativ politietterforskning* Jussens venner 2/2003 s. 82 flg.

¹⁴ Hopsnes, Roar *Provokativ politietterforskning* Jussens venner 2/2003 s. 85

¹⁵ Se eksempelvis Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I), Rt. 1998 s. 407 (Skrik I) og Rt. 2000 s. 1223 (Trondheimsheroïn)

4.2 Hovedvilkår for lovlig bruk av provokasjon

4.2.1 Innledende

Vi har sett på hva som *kjennetegner* provokasjon, nå skal de *konkrete vilkårene* for lovlig bruk av provokasjon gjennomgås.

Som vi har sett i tidligere avsnitt, er ikke provokasjon lovfestet, og det nærmere innholdet av metoden har blitt fastlagt av Høyesterett. Gjennom rettspraksis har det blitt oppstilt et ufravikelig grunnvilkår, og også ulike tilleggsvilkår som kan komme i betraktning i det konkrete enkelttilfelle.

4.2.2 Grunnvilkåret

I dommen inntatt i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I) trådte politiet inn i en mistenkt narkotikaforbryters telefonkontakt med en leverandør, og avtalte levering i Norge.

Leverandøren i Amsterdam hadde sendt et telegram til en person som var innsatt i fengsel i Norge med tilbud om kjøp av amfetamin. Politiet utgav seg for å være den innsatte og ba om at levering skulle skje i Oslo, ikke i København som var foreslått fra leverandørens side. At leveringsstedet ble endret, medførte at en tredje medhjelper ble med på gjennomføringen. Den som leverte stoffet ble pågrepet når han hadde gitt narkotikaen til politiet. En person leverandøren samarbeidet med og som hadde vært aktiv som leverandørens representant under handelen, ble pågrepet i København. Disse ble dømt til fengselsstraff, og de anket dommen. Anken bygget på at politiet hadde benyttet en etterforskningsmetode som ikke kunne godtas. Høyesterett opprettholdt lagmannsrettens dom for den ene tiltalte, og skjerpet straffen for den andre.

Høyesterett har i denne dommen gitt oss den grunnleggende rettesnoren for hvordan provokasjon kan utføres, når de uttaler at:

«...det ikke kan aksepteres at politiet fremkaller en straffbar handling som ellers ikke ville ha blitt begått».

Grunnvilkåret gjentas i senere dommer, og har ikke blitt fraveket i noen avgjørelse. Også internt i politiet har man det samme vilkåret oppstilt gjennom riksadvokatens rundskriv, se

oppgavens punkt 3.3. Grunnvilkåret regnes som et vilkår uten unntak, og beskrives i NOU 1997:15 s. 83 som et «*absolutt vilkår*» for at provokasjon skal kunne benyttes.

Det finnes rom for tolkning av hva som faller inn under begrepet «ellers ikke ville ha blitt begått», så grunnvilkåret behøver en presisering.

Når Høyesterett vurderer om grunnvilkåret er oppfylt, vektlegger de en vurdering av *årsakssammenheng*, altså om politiets innblanding er det som faktisk har fått det kriminelle til å hende. De vurderer også om det var politiet som tok *initiativet* til den straffbare handlingen, og har vist at dette kan være et moment som kan gjøre en provokasjon urettmessig. De har også tanke for om det eksisterer et *marked* for den straffbare handlingen. Om politiet er den eneste grunnen til at marked for den konkrete straffbare handlingen eksisterer, vil dette være brudd på grunnvilkåret.

Vi ser altså at det er begrensinger for hvilke endringer politiet kan skape vedrørende den ulovlige handlingen, men det er likevel akseptert at deres innblanding fører til visse endringer i tid, sted og utførelse. Samtlige vurderingstemaer skal jeg inn på i de følgende punktene 4.2.3 til 4.2.6.

Temaet er krevende, og man kommer ikke bort fra at vurderingene i noen grad må være basert på skjønn og dermed vil kunne variere, ut fra hvordan ulike personer tolker et faktum. Vi kan sette opp retningslinjer som støtter oss en god bit på veien mot løsningen, men til syvende og sist vil også de reelle hensyn, altså vurderingen av hvilket resultat som vil bli det beste i det konkrete tilfelle, spille en betydelig rolle.

4.2.3 Krav til årsakssammenheng

Grunnvilkåret viser oss at det ikke kan aksepteres at den straffbare handlingen er «fremkalt» av politiet. Vårt spørsmål blir da *når* en handling kan ses som fremkalt?

En ren språklig forståelse leder oss inn på *årsakssammenheng* mellom etterforskningsinngrepet og den straffbare handlingen. Altså en logisk bedømming der man må vurdere om den straffbare handlingen ville ha hendt om politiets handling tenkes bort. Å anvende årsakssammenheng som vurderingstema kan virke greit, men i praksis kan vurderingen bli vanskelig. Det vil bli en rekke elementer av usikkerhet og gjetning når man

skal tenke seg et handlingsforløps utvikling, med og uten noen av elementene som faktisk var på plass under hendelsen.

Man kan se av rettspraksis at domstolene anvender en slik vurdering av årsakssammenheng når de tar stilling til om politiet har fremkalt handlingen eller ikke.

Følgende uttalelse i dom inntatt Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroen I) viser at provokasjon kun er godtatt når:

«...politiet måtte legge til grunn at den straffbare handling ville ha blitt begått også uavhengig av dets rolle i begivenhetsforløpet.»

I dommen inntatt i Rt. 1998 s. 407 (Skrik I) har vi et annet eksempel.

I denne saken var et av Edvard Munchs mest kjente malerier, «Skrik» blitt stjålet, og politiet fremprovoserte et salg for å sikre at maleriet kunne komme tilbake til Nasjonalgalleriet. Høyesterett vurderer her om politiet var årsaken til den straffbare handlingen:

«Om politiets aksjon tenkes bort, synes det helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfelle kunne vært gjennomført.»

På bakgrunn av dette mente retten at handlingen var fremkalt av politiet.

Det vanlige utgangspunktet for en rettslig vurdering av årsakssammenheng, vil normalt være betingelseslæren, og dette er også Høyesterett sitt utgangspunkt i denne sammenheng. Betingelseslæren kan defineres på følgende måte;

”Årsakskravet mellom en handling eller unnlatelse og en skade er vanligvis oppfylt dersom skaden ikke ville ha skjedd om handlingen eller unnlatelsen tenkes bort. Handlingen eller unnlatelsen er da en nødvendig betingelse for at skaden inntreffer”.¹⁶

¹⁶ Definisjonen er hentet fra Rt. 1992 s. 64 (P-pilledom II)

Men betingelseslæren er kun et utgangspunkt, den gjelder ikke ubetinget. Høyesterett stiller nemlig opp tilleggsvilkår i sin betingelseslære, og det settes som krav at betingelsen, altså politiets innblanding, ikke kan være for *fjern og indirekte* hvis gjerningsmannen skal kunne påberope at handlingen er fremkalt.

I dommen inntatt i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I) var det etter den alminnelige betingelseslære tydelig at handlingen ikke ville ha hendt uten politiets innblanding, men Høyesterett uttaler så:

«...politiets mulige bidrag til at A ble trukket inn i saken, er for fjern og indirekte til at det kan sies at politiet har fremkalt det straffbare forholdet fra hans side.»

I dommen inntatt i Rt. 2000 s. 1482 (199 kilo hasj) har vi et annet eksempel. I denne saken ble to engelske statsborgere stoppet av en tollpatrulje på grensen til Norge, og det ble oppdaget 199 kilo hasj i lastebilen deres. Personene sa seg villig til å samarbeide med politiet, og politiet lot handelen fortsette som planlagt mens de fulgte med. Fra den siktedes side ble forgjeves anført at det var benyttet provokasjon, og at dette i så fall ikke kunne danne grunnlag for domfellelse.

I dommen uttales det:

«For at politiet skal anses å ha fremkalt handlingen, er det ikke tilstrekkelig at den ikke ville ha blitt begått dersom politiets opptreden i saken tenkes bort.»

Vi ser altså av rettspraksis at man har betingelseslæren som et utgangspunkt, men man bygger inn tilleggsvilkår hvor betingelseslæren alene ville skape et urimelig resultat. Om man kaller det å oppstille tilleggskrav, eller om man sier at retten gjør unntak fra betingelseslæren er kun et spørsmål om begrepsbruk. Konsekvensen er uansett den samme, man slipper å frikjenne alle som kan vise at politiets innblanding var en betingelse for at den ulovlige handlingen kunne skje.

I realiteten vil det bli en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak.

4.2.4 Initiativ

Et annet tema Høyesterett tar opp når de presiserer grunnvilkårets innhold, er hvem som tok initiativet til den straffbare handlingen. Det har vist seg at der hvor politiet har vært for ivrig med tanke på å være initiativtaker, kan det ende med frikjennelse av gjerningsmannen på grunnlag av at man ser den straffbare handlingen som fremkalt av politiet.

I Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I) uttales det:

«...det må legges betydelig vekt på hvem som har tatt initiativet til den straffbare handling».

En naturlig språklig forståelse av «betydelig» forteller oss at dette er et moment Høyesterett vektlegger tungt. Resultatet i denne dommen underbygger uttalelsen ved at det ender med domfellelse siden leverandøren var den som tok initiativet, ikke politiet.

I Rt. 1993 s. 473 (Piratdrosje I), var også initiativets betydning et sentralt moment. Her hadde politiets medhjelpere praiet en privatbil de spurte om skyss med, og de spurte også hvilken betaling sjåføren ønsket. Høyesterett frifant tiltalte på et annet grunnlag enn provokasjon, men de var likevel innom grunnvilkåret og fokuserte herunder på hvem som hadde vært initiativtaker:

«Dette konkrete transportforhold var således klart initiert av politiets medhjelpere.»

En drøftelse av initiativets betydning finner vi også i dommen inntatt i Rt. 2000 s. 1223 (Trondheimsheroine). I denne saken ble en kvinne som var tilknyttet et narkotikamiljø i Trondheim, bedt av politiet om å utføre et narkotikakjøp. De som skaffet henne stoffet, ble tiltalt. Høyesterett la her til grunn at gjerningspersonene hadde skaffet stoffet på eget initiativ uten påvirkning fra politiets informant. Når initiativet kom fra leverandørene, talte det for at grunnvilkåret var oppfylt. For øvrig endte saken likevel i frifinnelse, men da på andre grunnlag.

Det foreligger ingen eksempler på saker hvor politiet har tatt initiativet og grunnvilkåret likevel anses oppfylt. Det ser ut til at Høyesterett konsekvent anvender regelen om at der

politiet har tatt initiativet, der har de også fremkalt handlingen. Synspunktet støttes av riksadvokaten som i rundskriv nr 2/2000 punkt. III 2.2 skriver at:

”Skal det være tillatt for politiet og påtalemyndigheten å påvirke gjennomføringen av en straffbar handling, må initiativet til handlingen tas av siktede...”

På bakgrunn av dette kan man konkludere med at initiativet må komme fra gjerningspersonen for at grunnvilkåret for bruk av provokasjon skal være oppfylt. Dette betyr ikke nødvendigvis at gjerningsmannen kan dømmes ene og alene fordi den ulovlige handlingen skjedde på hans eget initiativ. Det er ikke alltid tilstrekkelig at politiet ikke tar initiativet til handlingen, det finnes flere momenter som rettspraksis legger stor vekt på.

4.2.5 Marked

Dommen inntatt i Rt. 1998 s. 407 (Skrik I)¹⁷ er et eksempel på at Høyesterett ikke alltid legger avgjørende vekt på initiativet ved vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt. Her kom retten frem til at handlingen var fremprovosert av politiet, på tross av at initiativet ble tatt av mistenkte. Det avgjørende for retten var at politiets innblanding skapte den eneste tenkelige salgsmuligheten for maleriet. Høyesterett uttaler:

”...om politiets aksjon tenkes bort, synes det helt uklart når og hvorledes en tilbakelevering mot en løsesum i tilfelle kunne vært gjennomført.”

Flertallet peker på at det var høyst usikkert om helerihandlingen overhodet hadde blitt gjennomført om politiet ikke hadde stilt opp som kjøper, fordi det ikke fantes noe marked for et slikt verdenskjent kunstverk. Politiets inngripen var avgjørende for at den straffbare handlingen ble gjennomført.

På bakgrunn av saken har også riksadvokaten oppstilt et vilkår som gjelder internt i politiet om at det må:

¹⁷ Dommens innhold er beskrevet i oppgavens punkt 2.2.3

”...eksistere et marked for den straffbare handling, for eksempel omsetning av tyvegods, salg av narkotika eller omsetning av barnepornografi.”¹⁸

I de fleste tilfeller vil det eksistere et marked for slike ”varer”. Eksempelvis ved omsetning av narkotika vil det som regel alltid finnes interesserte kjøpere. I dommen inntatt i Rt. 2000 s. 1223 (Trondheimsheroinsaken), som gjaldt salg av varen narkotika, nevner Høyesterett markedskravet, men dette ble uten videre ansett oppfylt. Dette kan tyde på at markedskravet bare får betydning når det er tale om ekstraordinære varer eller gjenstander som er vanskelig å omsette.

I vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt, skal det altså tas hensyn til om det eksisterer et marked for den straffbare handlingen. Om politiets handling er det som skaper markedet, og gjør det mulig å foreta den straffbare handlingen, anses det som at de har fremprovosert en handling som ellers ikke ville blitt begått.

4.2.6 Tid, sted og utførelse

Det finnes, som vi har sett en rekke begrensinger på hvilke endringer politiet kan skape vedrørende den straffbare handlingen. De kan imidlertid påvirke hendelsesforløpet til en viss grad, således har endringer i tid, sted eller den faktiske måten handlingen blir utført på, ikke blitt ansett å overskride grensene for hva som er lovlig anvendt provokasjon.

I Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I) uttaler førstvoterende:

«...det må etter min mening godtas at politiet gir årsak til visse endringer i tid, sted og utførelse.»

Bakgrunnen for dette er at en persons innstilling til å utføre en ulovlighet egentlig ikke blir endret av å bytte for eksempel tidspunkt for handlingen. Eventuelle særtilfeller kan vel tenkes, da får man i så fall ta en konkret vurdering når man står overfor en slik situasjon.

¹⁸ Se riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 punkt III 2.2

Et spørsmål er hva uttrykket «visse endringer» rommer? Her står vi overfor en vag ordlyd som gir stort rom for tolkning. Formålsbetraktninger leder oss til at det kan bety endringer som ikke vil medføre strafferettslige endringer i situasjonen.

Generelt kan man nok ikke si annet enn at dette vil bli en helhetlig vurdering i det konkrete tilfelle man står overfor.

4.2.6.1 Særlig om tid

Årsaken til at politiet ønsker å endre tidspunktet for den straffbare handlingen kan for eksempel være at de trenger bedre tid til å forberede seg. Tidspunktet kan forskyves både fremover og bakover i tid, imidlertid bør ikke tidspunktet forskyves dithen at det kan risikere etterforskningen. Jeg tenker da på enten ved en så stor forsinkelse at gjerningsmannen merker at noe ikke stemmer, og dermed ikke gjennomfører handlingen. Eller, ved at politiet ivrer med å fremskynde tidspunktet, som igjen kan resultere i at gjerningspersonen velger å gjennomføre en handling han kanskje ikke ville foretatt seg hvis han hadde lengre betenkningstid. Gjerningsmannen føler for eksempel tvil rundt det hele, og han vurderer å trekke seg, men blir så påskyndet av politiet til å ta en rask avgjørelse. Her kan man argumentere for at det er politiet som fremkaller handlingen, og at grunnvilkåret derfor er brutt. Dog, en kriminell løpebane er vel uansett vårt eget valg, vi er alle pliktig til å holde oss lovlige på tross av hastige avgjørelser.

Endringer i tidspunkt har blitt godtatt av Høyesterett, se for eksempel Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I):

”...i betraktning av risikoen for at leverandørene skulle få kjennskap til at D var i varetektsfengsel, finner jeg det rimelig at politiet ønsket overleveringen avvirket så snart som mulig.”

Høyesterett synes å legge avgjørende vekt på at politiet hadde et aktverdig formål med å foreta forskyvningen i tid, og når de veier dette opp mot betenkelighetene, faller de ned på at forflyttingen av tid var uproblematisk her. Hvilken endring i tid som godtas ut over dette må avgjøres konkret i den enkelte sak. Vanligvis vil ikke endring av den straffbare handling i tid ha strafferettslig relevans, og det vil da som utgangspunkt bli godtatt.

4.2.6.2 Særlig om sted

I Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I) ble også stedet for handlingen endret ved at leveringsstedet for narkotikaen ble endret fra København til Oslo. Som utgangspunkt ser Høyesterett heller ikke endring av sted som problematisk i seg selv. Om handlingen skjer på det ene eller det andre sted, påvirker vanligvis ikke gjerningspersonens motivasjon for å begå den straffbare handlingen og har således ikke betydning for straffbarheten. Se Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I) angående leveringssted:

«...holdt fast ved levering i Norge, må etter min mening aksepteres».

Spørsmålet i denne saken var imidlertid om endringen av leveringssted var årsaken til at en bestemt person ble involvert i saken i det hele tatt. Personen som leverte narkotikaen i Oslo mente at han kun ble dratt inn i saken fordi politiet fikk endret leveringssted til Oslo.

Høyesterett så årsaksforholdet som noe uklart, men uttalte at politiets mulige bidrag til at personen ble trukket inn i saken, under enhver omstendighet var for *”fjernt og indirekte”* til at politiet kunne sies å ha fremkalt hans straffbare forhold. Som vi har sett under oppgavens punkt 4.3.3 om årsakssammenheng, så skaper Høyesterett her en begrensning for hvordan politiets innblanding kan vektlegges i en årsaksrekke. Uansett om politiets aktivitet er en nødvendig betingelse for at handlingen kunne finne sted, så oppfylles ikke årsakskravet dersom politiets påvirkning er for fjern og indirekte.

Også i den tidligere nevnte dommen inntatt i Rt. 2000 s. 1482 (199 kilo hasj)¹⁹, var endringen av tid og sted oppe som et vurderingsmoment. Her ble overleveringen forsinket i tid, og dermed ble også stedet endret. Dette ble heller ikke her sett som en årsaksrelevant endring av forløpet.

4.2.6.3 Særlig om utførelse

Politiet kan videre bidra til at gjerningspersonen utfører den straffbare handlingen på en annen måte enn han hadde planlagt i utgangspunktet. Dette kan politiet for eksempel ha behov for fordi det er enklere å kontrollere hendelsesforløpet om narkotikaen ankommer

¹⁹ Se oppgavens punkt 4.3.3 for beskrivelse av dommens innhold

med bil i stedet for båt. Til sjøs kan det være lettere for gjerningspersonene å kvitte seg med bevis om de skulle bli mistenksom til politiets opplegg. Dette ligner tilfellene med at endringen består i tids- eller stedsforskyvning, og det er naturlig å legge samme regel til grunn som i disse tilfelle. Altså, at politiets innblanding i slike tilfeller er for fjern og indirekte til at det kan brukes som et argument for mindre straffeskyld for gjerningsmannen.

At slike endringer godtas viser oss at Høyesterett ønsker praktiske løsninger og at effektiviteten av regelen er noe man vektlegger.

4.2.6.4 Oppsummering av endring i tid, sted og utførelse

Politiet kan altså skape visse endringer i både tid, sted og utførelse. Domstolen benytter seg av en konkret helhetsvurdering hvor politiets motiv for endringen og etterforskningens effektivitet blir vektlagt. Personer som blir innblandet nettopp på grunn av at politiet skaper en endring i handlingsforløpet, kan ikke unnskyldes seg med å vise til den rene årsakslinjen. Høyesterett har stilt opp et unntak som innebærer at denne typen påvirkninger er for fjerne og indirekte til at man ser det slik at politiet har fremkalt handlingen og dermed brutt grunnvilkåret for lovlig bruk av provokasjon.

4.2.7 Oppsummering av grunnvilkårets vurderingstema

Høyesterett har altså oppstilt en rekke momenter vi kan ta i betraktning når vi fastlegger innholdet av grunnvilkåret. Høyesterett vektlegger *årsakssammenheng* mellom politiets innblanding og den kriminelle handlingen. Her er betingelseslæren utgangspunktet for vurderingen – men med et unntak for den fjerne og indirekte innblanding. Høyesterett vurderer også om det var politiet som tok *initiativet* til den straffbare handlingen, og har vist at dette kan være et moment som kan gjøre en provokasjon urettmessig. De har også tanke for om det eksisterer et *marked* for den straffbare handlingen. Om politiet er den eneste grunnen til at marked for den konkrete straffbare handlingen eksisterer, vil dette være brudd på grunnvilkåret.

Likevel er grensen generelt vanskelig å fastslå, og resultatet i hver enkelt sak vil måtte bero på en konkret vurdering. Et moment i den konkrete vurderingen vil gjerne være ønsket om

å oppnå et godt resultat, herunder vil man ha tiltaltes rettssikkerhet, reglenes effektivitet og tilliten til politiet, i tankene.

Høyesterett peker selv på vanskelighetene med å utforme faste regler på dette området, og uttaler i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I):

«For øvrig anser jeg det ikke mulig å trekke opp generelle retningslinjer for utformingen av den begrensning det her er tale om.»

4.3 HVILKE SKRANKER GJELDER ETTER EMK?

4.3.1 Innledende

Som vi har sett under punkt 3.1 gjelder EMK som norsk lov, og eventuelle vilkår for bruk av provokasjon oppstilt der må respekteres av norske domstoler. Som vi har vært inne på, så er det ingen direkte bestemmelser om provokasjon i konvensjonen. Spørsmålet blir da om tilfeller av provokasjon likevel kan rammes av noen av de generelle artiklene.

4.3.2 Artikkel 6

I EMK artikkel 6 gis alle *«right to a fair trial»*, altså rett til en rettferdig rettergang. Under denne vinkelen kan man se for seg at provokasjon kan utføres så urettmessig, at den samlet sett har gitt en urettferdig rettsprosess.

Dette fikk vi se i praksis når saken *Texeira de Castro vs. Portugal*²⁰ kom opp for EMD og spørsmålet om provokasjon ble vurdert i forhold til artikkel 6. Domstolen kom frem til at provokasjonen *var* et brudd på kravet om *«fair trial»*. Det var ikke provokasjon generelt som ble sett på et brudd på artikkel 6, men måten den var utført på. Dette viser oss at det er viktig å ha retningslinjer for *hvordan* en eventuell provokasjon skal utføres for å ikke havne på kant med menneskerettighetene.

I *Texeira de Castro vs. Portugal* utga sivilt politi seg for å være noen som ville kjøpe stoff, og en person tok dem da med til Texeira som igjen tok dem med videre til en annen hvor stoffet ble skaffet. Texeira hadde rent rulleblad fra før og hadde ikke noe stoff å tilby selv, men måtte ta dem med videre til en person som hadde tilgang på narkotika. EMD frifant

²⁰ Klagesak nr. 25829/94, dom av 9. juni 1998

her på grunnlag av at det var mulig at Texeira kun gjennomførte handlingen fordi et sjeldent godt tilbud ble gitt ham. Opprinnelig var ikke Texeira kriminell, og det ble ansett at politiet skapte den straffbare handlingen. EMD viser til at det var ikke noe som tilsa at lovbruddet ville skjedd uten politiets inngripen, de mente at politiet hadde;

«...instigated the offence and there is nothing to suggest without their intervention it would have been committed.»

EMD foretar en konkret helhetsvurdering i dommen, og det er ikke så mange generelle retningslinjer å hente til en eventuell lignende sak senere. Men når det gjelder grunnvilkåret er EMD helt i tråd med det kravet som Høyesterett har oppstilt i norsk rett, så heller ikke etter EMK kan politiet fremkalle den straffbare handlingen.

Spørsmålet har også vært oppe for Høyesterett. I Rt. 1999 s. 1269 (Verksmestersaken) hjalp en fengselsbetjent en innsatt med å rømme, og politiet skaffet bevis ved å få betjenten i samtale om nye rømningsplaner. Samtalene ble tatt opp på båndopptaker, og det ble sikret samtaler der betjenten uttalte seg om hjelpen han ga til den første rømningen. Tiltalte ble her frifunnet fordi fremgangsmåten som ble benyttet ikke i tilstrekkelig grad respekterte den mistenktes rett til å forholde seg taus. Dette forholdet ble ansett i strid med blant annet EMK artikkel 6.

4.3.3 Artikkel 8

I artikkel 8 gi alle «right to respect for private and familylife». Artikkel 8 (1) lyder:

«Everyone has the right to respect for his private and familiylife, his home and his correspondence.»

I artikkel 2 presiseres det at om et inngrep i privatlivet skal være lovlig, må det ha hjemmel i lov. Provokasjon er ikke lovfestet hos oss, og på denne bakgrunn kan det tenkes at denne form for etterforskning kan være i strid med artikkel 8. Dette vil bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Hopsnes nevner i sin artikkel Provokasjon som politimetode

at dersom provokasjonen er av lang varighet og sterk intensitet, så vil det være grunn til å tro at artikkel 8 kan komme til anvendelse.²¹

4.3.4 Oppsummering

EMK inneholder ingen regler om provokasjon, men som vi har sett kan tilfeller av provokasjon likevel omfattes av noen av de generelle artiklene.

De reglene som har blitt oppstilt av EMD er så langt i samsvar med norsk rett, og foreløpig har det ikke blitt nødvendig å skifte kurs for norske domstoler.

Om det skulle komme en fremtidig endring av konvensjonen, eller EMD skulle innfortolke andre momenter i grunnvilkåret enn vi har gjort, så ville den nye regelen eller tolkningen automatisk gå foran våre någjeldende regler på grunn av forrangsregelen fastsatt i menneskerettsloven § 3.

5 TILLEGGSVILKÅR FOR LOVLIG BRUK AV PROVOKASJON

5.1 Innledende

I tillegg til grunnvilkåret har Høyesterett oppstilt enkelte tilleggsvilkår for lovlig bruk av provokasjon. En gjennomgang av disse følger her.

5.2 Prosessuelle grunnprinsipper

Bruk av provokasjon som etterforskningsmetode kan ikke bryte med de prinsippene som gjelder ellers for vår straffeprosess.

Høyesterett uttaler i den forbindelse i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I):

«I mangel av lovregulering må skrankene bero på slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie. Disse rettsprinsipper må påtalemyndigheten legge til grunn for sin etterforskningsvirksomhet...»

²¹ Se Hopsnes, Roar *Provokasjon som politimetode* Jussens venner 2/2003 s. 75

Dette ser jeg som en henvisning til de mange og ulikartede straffeprosessuelle prinsipper, som for eksempel uskyldspresumsjonen, retten til kontradiksjon og vernet mot selvinkriminering.

I Rt. 1999 s. 1269 (Verksmestersaken) hjalp en fengselsbetjent en innsatt med å rømme, og politiet skaffet bevis ved å få betjenten i samtale om nye rømningsplaner. Samtalene ble tatt opp på båndopptaker, og det ble sikret samtaler der betjenten uttalte seg om hjelpen han ga til den første rømningen. Dette ble av Høyesterett sett på som en krenkelse av vernet mot selvinkriminering, altså retten til å holde seg taus:

«Etter min mening har politiet ved den fremgangsmåte som er blitt benyttet, ikke i tilstrekkelig grad respektert mistenktes rett til å forholde seg taus.»

Dette viser oss at selv om det i utgangspunktet ikke er forbudt å anvende provokasjon, så kan ikke politiet krenke grunnleggende rettigheter ved måten de utfører provokasjonen på.

5.3 Mistankekrav

Det bør finnes noen kriterier for hvem kan provokasjon anvendes mot og retningslinjer rundt hvilken grad av mistanke det må finnes mot denne personen. Mistankekravet vil jo være selve «inngangskriteriet» for bruk av provokasjon som etterforskningsmetode, og hvem som helst bør jo ikke utsettes for en så inngripende metode som provokasjon.²²

Det er ikke sagt så mye om kravet til grad av mistanke i rettspraksis, men Høyesterett er såvidt innom det i Rt. 1984 s. 1976 (Politiheroin I):

»Etter riksadvokatens retningslinjer er det en forutsetning for bruk av etterforskning med provokasjonspreg i narkotikasaker at det foreligger sterk mistanke om narkotikaforbrytelse, og at det kan forventes beslag av et kvantum som klart faller inn

²² Se NOU 2004:6 pkt. 6.2.1

under straffelovens § 162. På grunnlag av det jeg har sagt, anser jeg det som klart at disse vilkår var oppfylt».

Høyesterett er selvsagt ikke bundet av riksadvokatens retningslinjer, men det at de tar opp vurderingstemaet, viser at det er et moment som også domstolene finner interessant.

Riksadvokatens instruks for politiprovokasjon lyder:

»Det skal foreligge sterk mistanke mot en eller flere personer. Skjellig grunn til mistanke er i utgangspunktet ikke nok.»²³

I rettspraksis er «skjellig grunn» presisert slik at det betyr at det må være mer sannsynlig at siktede har begått handlingen enn at han ikke har gjort det. Med andre ord, så vil «skjellig grunn til mistanke» innebære et krav om sannsynlighetsovervekt.²⁴

Dette temaet er lite behandlet i praksis og teori, antageligvis fordi det ikke har vært et sentralt moment i noen sak enda. Om kravet ikke oppfylles, så vil nok domstolene vektlegge dette i det konkrete tilfelle.

5.4 Kravet til at andre metoder er forsøkt

Et krav om at politiet må ha forsøkt andre metoder før de tyr til provokasjon, er lagt til grunn av Høyesterett i flere dommer, se for eksempel Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I). Dette er fulgt opp i riksadvokatens retningslinjer²⁵, hvor det fremheves at provokasjon skal være et sekundært etterforskningsmiddel. Det er altså ikke akseptabelt å benytte seg av provokasjon der saken kan oppklares med mer ordinære etterforskningsmetoder. Dette er i tråd med politilovens «minste middel-prinsipp» i § 6 som lyder som følger:

«Politiet skal ikke ta i bruk sterkere midler uten at svakere midler må anses utilstrekkelige eller uhensiktsmessige, eller uten at slike har vært forsøkt.»

²³ Se gjengivelse av instruks fra 1980 i NOU 1997:15 s. 83-84

²⁴ Se Hov, Jo *Rettergang II Straffeprosess* s. 46

²⁵ Se gjengivelse av instruks fra 1980 i NOU 1997:15 s. 83-84

Høyesterett er tydelig på at politiet kun kan benytte seg av provokasjon som etterforskningsmetode hvor de mer tradisjonelle virkemidlene ikke har fungert, se uttalelsen i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I):

«Metoden bør således bare kunne aksepteres ved alvorlige lovovertridelser, og bare når vanlige etterforskningsmetoder må anses utilstrekkelige».

Allerede ved en alminnelig språklig forståelse av «må anses utilstrekkelige» gis man inntrykket av at politiet ikke rent faktisk må ha forsøkt de andre metodene, men at det holder at man vurderer dem til å ikke gi resultat. Høyesterett gjør det klart i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I) at politiet ikke behøver å prøve ut andre metoder først:

«Etter min oppfatning hadde påtalemyndigheten forsvarlig grunnlag for å anta at andre etterforskningsskritt ikke ville lede til et tilfredsstillende resultat.»

Dette er et naturlig synspunkt, siden det ofte ikke vil være formålstjenlig å faktisk prøve ut andre etterforskningsmetoder først. Et slikt forsøk kan gjøre gjerningsmannen klar over at han er under etterforskning, og således spolere muligheten for å anvende provokasjon senere.

I dommen inntatt i Rt. 1998 s. 407 (Skrik I) forsøkte politiet ingen andre metoder før de tok i bruk provokasjon. Høyesterett viser her til hvordan sakens alvor og maleriets verdi berettiger politiets bruk av provokasjon:

«Jeg finner det heller ikke tvilsomt at «Skrik»-saken er en slik sak hvor det på grunn av alvoret og situasjonen var tillatt å bruke ekstraordinære etterforskningsmetoder. Maleriet har en særdeles høy både økonomisk og ideell verdi. (...) Vanlige etterforskningsmetoder fremsto som utilstrekkelige slik saken lå an. Jeg peker her særlig på tidsmomentet og faren for at maleriet kunne bli ødelagt.»

Jeg vil tro at en slik argumentasjon ikke vil være generell for alle typer vinningsforbrytelser. Dette var en helt spesiell sak, hvor en nasjonalskatt var på avveie og

hvor tiden til rådighet var svært kort. Det vil ikke bety at man kan argumentere på denne måten i andre saker som omhandler vinningskriminalitet og dermed rettferdiggjøre enhver bruk av provokasjon, uten å virkelig ha forsøkt andre etterforskningsmetoder først.

Generelt vil dette måtte bli en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Der det vil kunne synes fruktbart å forsøke andre metoder først, skal dette gjøres. Men i tilfeller hvor politiet selv ikke tror at det vil ha noen funksjon, kan dette godtas av domstolene hvor momentene etter en helhetsvurdering tilsier at provokasjon var den beste løsning.

Når man er inne på at provokasjon skal være et sekundært middel, kan det også være naturlig å komme inn på at provokasjonen også skal være et hensiktsmessig og forholdsmessig middel. Dette er et prinsipp som har fått komme til uttrykk i politilovens § 6 der det slås fast at metodene som tas i bruk:

«...må stå i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene for øvrig.»

En vurdering av forholdsmessighet vil innebære en interesseavveining mellom inngrepet provokasjonen representerer og samfunnets behov for å forhindre typen kriminalitet det gjelder. Det ville være unaturlig om man skulle anvende ressursene man gjør ved en provokasjon på et bagatellmessig forhold av liten samfunnsmessig betydning.

5.5 Alvorlige forhold

Et krav om at provokasjon kun skal anvendes ved forhold av en viss alvorlighetsgrad kommer frem av Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin). Riksadvokaten har også oppstilt dette kravet i sine retningslinjer.²⁶

Vi kan se dette i sammenheng med mistankekravet; ikke bare må mistanken mot vedkommende være sterk, men det han mistenkes for må også være alvorlig for at provokasjon skal være en aktuell metode.

²⁶ Se gjengivelse av instruks fra 1980 i NOU 1997:15 s. 83-84

I Rt. 1993 s. 473 (Piratdrosje I) har vi et eksempel på at retten ikke godkjente bruk av provokasjon fordi forholdet ikke ble ansett alvorlig nok:

«Jeg finner det imidlertid klart at slike forhold som den foreliggende sak gjelder, ikke kan begrunne etterforskning med provokasjonspreg.»

I praksis blir provokasjon anvendt ved narkotikakriminalitet, men er ikke begrenset til dette. I Rt 1984 s. 1076 (Politiheroin I) uttales det at provokasjon kan aksepteres ved alvorlige lovovertrедelser, uten at dette spesifiseres nærmere. Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 punkt 2.3 nevnes spredning av barnepornografi og seksuelle overgrep som aktuelle områder for bruk. Jeg ser det også som sannsynlig at terrorvirksomhet kan falle innunder bruksområdet for provokasjon, med tanke på de enorme konsekvensene slike forbrytelser kan få. I rundskrivet tilføyes det at man ikke tror det er gunstig å ramse opp hvilke typer som faller innenfor, men at dette overlates til den konkrete vurderingen i det enkelte tilfelle. Et generelt kjennetegn ved kriminalitet som omfattes, er at handlingen kan karakteriseres som et alvorlig samfunnsproblem på grunn av omfang eller karakter.

5.6 Kontroll

I en rekke dommer presiserer Høyesterett at det kreves at påtalemyndigheten kan dokumentere de skritt de foretar seg under etterforskning, og at de dermed kan bevise at de har hatt tilstrekkelig kontroll med metoder som anvendes.

Allerede i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin) er Høyesterett inne på dette:

«Videre kan det være grunn til å stille nærmere krav til utførelsesmåten, og likeledes til den beslutningsprosess og kontroll som finner sted innenfor påtalemyndigheten.»

Og i Rt. 1998 s. 407 (Skrik I) var mangelen på kontroll en av grunnene til at tiltalte måtte frifinnes:

«Jeg finner at den delen av etterforskningen i «Skrik»-saken som politiets aksjon representerer, er beheftet med så mange mangler og betenkeligheter at den ikke bør godtas

som grunnlag for en domfellelse. (...) De to engelske agentenes opptreden i saken og dennes betydning for spørsmålet om domfelte har begått et forsøk på heleri, var ikke i tilstrekkelig grad under kontroll av politiet, og aksjonen er ikke dokumentert eller belyst på den måten bruk av en såvidt ekstraordinær etterforskningsmetode bør være.»

Denne saken tydeliggjør sammenhengen mellom dokumentasjon og kontroll. Det var i dette tilfellet ikke fremlagt noen rapport eller plan for etterforskningen, og Høyesterett konkluderer derfor med at saken ikke var tilstrekkelig opplyst og kontrollert.

Når det gjelder hvilken grad av kontroll som kreves, så har vi den tidligere nevnte avgjørelsen i Rt. 2000 s. 1482 som gjaldt en kontrollert leveranse av 199 kilo hasj. Her holdt politiet en narkotikahandel under oppsikt, og lot denne utføres uten å gripe inn. Retten mente at forløpet sett under ett var underlagt tilstrekkelig kontroll, selv om politiet ikke hadde full kontroll på partiet:

«Selv om politiet ikke skulle ha hatt full kontroll over at narkotikapartiet ikke kom på avveie, kan jeg for øvrig ikke se at etterforskningsskrittet av den grunn ikke skulle brukes som grunnlag for domfellelse.»

At provokasjon må gjennomføres slik at politiet har kontroll med og kan dokumentere hva som skjer er også fastsatt i se riksadvokatens rundskriv nr.2/2000 punkt 2.4.

5.7 Kompetanse

5.7.1 Beslutningskompetanse

Det stilles også kompetansekrav til de som skal bestemme om provokasjon skal iverksettes. Igjen viser jeg til uttalelsen i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin) hvor Høyesterett uttaler:

«Videre kan det være grunn til å stille nærmere krav til utførelsesmåten, og likeledes til den beslutningsprosess og kontroll som finner sted innenfor påtalemyndigheten.»

Dette ble så inntatt i riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 hvor det heter at:

«Beslutningen skal treffes av statsadvokaten i distriktet.»

Politiets tjenestemenn kan altså ikke foreta denne type avgjørelse, beslutningen er hevet opp på et nivå hvor man er sikret større juridisk kompetanse og hvor man har større anledning til å gjøre en veloverveid vurdering.

I Rt. 1998 s. 407 (Skrik I) behandlet hverken riksadvokaten eller statsadvokaten saken, selv om statsadvokaten var informert om etterforskningen. Dette i seg selv medførte ikke at provokasjonen ble ansett som ugyldig, men sammenholdt med overtredelsen av andre vilkår medførte det totalt sett at etterforskningen ikke fylte de oppstilte krav. Retningslinjer som riksadvokaten setter opp har jo kun karakter av å være instruks, og legger ikke føringer for domstolens avgjørelser. Noe annet er at de får virkning internt og kan resultere i at noen for eksempel mister sin stilling.

I Rt. 2000 s. 1482 (199 kilo hasj) har vi et eksempel på nettopp dette. Det forelå et klart brudd på instruks, men domstolen så ikke det som nok til at prosessen under ett var ulovlig:

«Jeg kan ikke se at det forhold at det ikke ble innhentet samtykke fra kompetent påtalemyndighet, gjør politiets handlemåte i denne saken – som har klare likhetstrekk med kontrollert overlevering – ulovlig.

Samme løsning ble valgt i Rt. 2007 s. 268 (Metamfetamin). Her ble en person stoppet i tollene ved Svinesund, og det ble funnet 5750 g metamfetaminsulfatholdig stoffblanding. Politiet anmodet om hans bistand til å avdekke mottakerleddet og han sa seg villig til dette. Unnlatelse av å innhente foreskrevet samtykke fra statsadvokaten kunne ikke føre til frifinnelse:

”Under ingen omstendighet kan brudd på denne interne instruks føre til frifinnelse når den benyttede metoden anses forsvarlig.”

5.7.2 Gjennomføringskompetanse

Et spørsmål blir hvem som har kompetanse til å gjennomføre den faktiske provokasjonen. Politiet har myndighet på politiutøvelse i Norge og det er på det rene at politiets tjenestemenn kan utføre provokasjon, men politiet kan også i noen grad benytte seg av hjelp fra sivile.

Tidligere var det forbud mot å benytte andre enn polititjenestemenn som provokatører, se riksadvokatens instruks av 1980 punkt 8. I gjeldende rundskriv nr. 2/2000 finnes ikke tilsvarende forbud, bare et generelt krav til at sikkerheten til de involverte må være ivarettatt.²⁷

I høyesterettsdommen inntatt i Rt. 1993 s. 473 (Piratdrosje I) legger retten uten videre til grunn at de sivile medhjelperne identifiseres med politiet, det foretas ingen drøftelse rundt dette i det hele tatt. Men i Rt. 1994 s. 319 (Piratdrosje II) uttales det at hvor:

«...kontrollen ble organisert av drosjenæringen selv, er hensynene til dels andre enn når det er politiet som forestår denne.»

Dette kan kanskje forstås slik at det ikke alltid vil bli identifikasjon mellom politi og sivil agent, det er mulig man kan lese ut av denne dommen at forutsetningen for en slik identifikasjon er at det er politiet som styrer agentenes opptreden.²⁸

I Rt. 2000 s. 1223 (Trondheimsheroïn) brukte politiet en kvinnelig agent som selv tilhørte samme narkotikamiljø som de tiltalte. Her var vanskelighetene vedrørende å benytte sivile agenter berørt, men selve identifikasjonen var uproblematisk. Det Høyesterett var kritisk til, var selve utvelgelsen av den sivile agenten:

»I en slik situasjon forekommer det meg i strid med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper at politiet velger en informant som selv er narkotikamisbruker, som enten har eller kan få straffesiktelsener mot seg og som i det hele vil føle seg – og er – avhengig av sin politikontakt.»

²⁷ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt 2.4

²⁸ Som Hopsnes her. Se Hopsnes, Roar *Provokasjon som politimetode* s. 48

Høyesterett setter fokus på at personer av denne typen lett ville gå for ivrig til verks, og viser til en uttalelse av Hans Gammeltoft-Hansen som lyder:

*«...ville gå for ivrigt og resultatsøgende til værks, og herved overskride de fastlagte grenser for dette særlige etterforskningsmiddels anvendelsesområde.»*²⁹

Oppsummert er det som utgangspunkt fullt lovlig for politiet å anvende sivile medhjelpere. Men, det er naturlig å sette visse krav til hvem som utvelges som medhjelper og det forventes også at politiet har tilstrekkelig kontroll med hva denne foretar seg. Under enhver omstendighet må de sivile medhjelperne selvfølgelig oppfylle de samme vilkår som politiet må.

6 RETTSVIRKNINGER AV LOVLIG OG ULOVLIG BRUK AV PROVOKASJON

6.1 Rettsvirkninger av en lovlig utført provokasjon

Når provokasjon er lovlig og handlingen er straffbar, vil virkningen naturlig nok bli at den handlingen politiet har vært en del av, skal kunne skape grunnlag for å ta ut tiltale og få gjerningsmannen domfelt for forholdet. Når det i motsatt tilfelle avklares at det ikke foreligger noe straffbart, eksempelvis fordi skyldkravet ikke er oppfylt – avsluttes etterforskingen og det tas ikke ut tiltale.

²⁹ Se Gammeltoft, Hansen *Strafferettspleje* bind 2 s. 72

6.2 Rettsvirkninger av en ulovlig gjennomført provokasjon

6.2.1 Innledende

Når man har kommet til den konklusjonen at det har foregått en ulovlig bruk av provokasjon, må det foretas en konkret vurdering av hvilke konsekvenser dette får for gjerningspersonen.

I Rt. 1984 s.1076 (Politiheroin I) uttaler Høyesterett at:

(...)straffeprosessloven ikke gir noen klar anvisning på hvilken virkning det har om påtalemyndigheten har ervervet bevis ved hjelp av etterforskningsmetoder som ikke kan aksepteres. I mange tilfeller vil det nok være naturlig at påtalemyndigheten avstår fra å reise tiltale.»

Riksadvokaten har inntatt dette som en regel i gjeldende rundskriv nr. 2/2000, og påtalemyndigheten skal altså ikke reise tiltale der ulovlig provokasjon er anvendt.

Om tiltale likevel blir reist, må domstolen vurdere hva som da skal skje. Høyesterett oppstilte i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I) tre alternative måter retten kunne gå frem på ved en ulovlig provokasjon. De kunne velge mellom avvise saken, eller de kunne frata påtalemyndigheten retten til å fremlegge bevis som var resultat av provokasjonen, eller de kunne velge å frifinne tiltalte. Høyesterett fant ikke grunn til å gå nærmere inn på disse tre alternativene, da grunnvilkåret ikke ble ansett å være brutt her, men vi har avgjørelser senere som viser oss hvilke alternativ som velges.

6.2.2 Brudd på grunnvilkåret

Gjeldende rett er at overtredelse av grunnvilkåret må lede til frifinnelse, men veien frem til denne konklusjonen har vært noe komplisert.

I Rt 1992 s. 1088 (Politiheroin II) tar Høyesterett for første gang stilling til virkningen av en ulovlig provokasjon. I denne saken ble det innført heroin til Norge av utenlandske statsborgere. Det ble forgjeves gjort gjeldende at politiet på ulovlig måte hadde gjort bruk av utradisjonelle etterforskningsmetoder.

Førstvoterende uttaler seg om straffealternativer ved bruk av ulovlig provokasjon:

«Det som taler mot straff for handlinger som er fremprovosert av politiet, er først og fremst at dette finnes støtende og i strid med den alminnelige rettsbevissthet. Slike omstendigheter må kunne føre til at straff ikke anvendes.»

Selv om førstvoterende gir uttrykk for at frifinnelse bør være virkningen ved ulovlig provokasjon, stiller han ikke dette opp som et generelt utgangspunkt. Han er derimot inne på at provokasjon kan oppstå i svært forskjellige tilfeller, og vektlegger at avgjørelsen må bero på en konkret avveining i det bestemte forholdet:

«Spørsmålet kan tenkes å oppstå i meget forskjelligartede situasjoner, og de kryssende hensyn vil gjøre seg gjeldende med ulik tyngde.»

Formuleringene i denne dommen er vage, og kan vanskelig tas til inntekt for en bestemt løsning.

Likevel, i neste dom hvor Høyesterett tar opp akkurat den samme problemstillingen, Rt. 1998 s. 407 (Skrik I) viser retten bare til Rt. 1992 s 1088 (Politiheroin II) og slår fast at det følger av rettspraksis at tiltalte skal frifinnes dersom det foreligger en ulovlig provokasjon. Denne løsningen blir fulgt opp av senere dommer, uten at noen problematiserer om dette egentlig var utgangspunktet fra den første dommen.

Jeg vil tro at dette ikke kom av en misforståelse, men at Høyesterett så det som ønskelig å ha en klarere uttalelse på området. Kanskje var det svært tydelig for dem hva meningen i den tidligere dommen faktisk var, og at de nå brukte anledningen til å tydeliggjøre innholdet. Det hadde vært heldig å presisere at man ikke kunne lese løsningen de kom fram til rett ut fra den tidligere dommen, men rent innholdsmessig har det ingenting å si hvor utgangspunktet kom fra. Vi har i hvert fall nå en regel om at brudd på grunnvilkåret for bruk av provokasjon fører til frifinnelse for den tiltalte.

6.2.3 Den alminnelige rettstridsreservasjonen

En uttalelse fra Rt. 1992 s. 1088 (Politiheroin II) som også har skapt diskusjon er førstvoterendes henvisning til den generelle rettsstridsreservasjon:

«Slike omstendigheter må kunne føre til at straff ikke anvendes. Jeg finner at man bør se det slik at det foreligger en ulovfestet frifinnelsesgrunn som har slektskap med visse sider av den generelle rettsstridsreservasjon.»

Den generelle rettsstridsreservasjonen beskrives godt av Svein Slettan og Toril Marie Øye i «Forbrytelse og straff» 2001 på s. 50:

«I strafferetten sier vi gjerne at straffebud må leses med forbehold for unntakssituasjoner som det ikke har vært meningen å ramme med straff. I slike unntakssituasjoner må gjerningspersonen frifinnes selv om handlingen faller innenfor ordlyden i et straffebud. Dette prinsippet blir kalt den alminnelige rettsstridsreservasjon. Rettsstridsreservasjonen fører bare helt unntaksvis til at noen blir frifunnet; den er en snever unntaksregel – «en sikkerhetsventil».»

En henvisning til rettsstridsreservasjonen kan virke forvirrende, siden en frifinnelse på grunnlag av den ville bety at man så handlingen som ble utført som rettmessig – at handlingen ikke var ment å ramme med straff. En straffbar handling kan jo aldri kan bli rettmessig selv om den er fremkalt av politiet, så henvisningen i dommen til den alminnelige rettsstridsreservasjonen er kritisert i teorien. Kjell V. Andorsen fremhever i sin artikkel «Provokativ politietterforskning»³⁰ at det ville være mer korrekt å se det slik at det foreligger en ulovfestet unnskyldningsgrunn. Da kan man unngå å straffe gjerningspersonen, men handlingen ville fortsatt betraktes som rettsstridig. Det er også mulig at Høyesteretts uttalelse har blitt noe feiltolket. De sier jo faktisk bare at det finnes et *slektskap med visse sider* av den alminnelige rettsstridsreservasjonen. Det trenger ikke å bety at man sikter til at handlingen ses som rettmessig, det kan jo være at Høyesterett hadde *virkingen*, altså frifinnelse i tankene når de gjorde denne sammenligningen.

³⁰ Se Jussens venner 1/2001 side 22

6.2.4 Brudd på tilleggsvilkår

I Rt. 2000 s. 1223 (Trondheimsheroen) vektla Høyesterett det dårlige valget av sivil medhjelper, og frifant tiltalte på grunnlag av formelle feil ved etterforskningen:

«...aksjonen har så alvorlige mangler at den ikke kan godtas som grunnlag for domfellelse».

I Rt. 1998 s. 407 (Skrik I) ble etterforskningen vurdert til å være for lite dokumentert og kontrollert, og man anså at tiltalte kunne frifinnes. Nå ble riktignok tiltalte frifunnet på et annet grunnlag i denne konkrete saken, så vi står her overfor et «obiter dictum», en såkalt slengbemerkning som ikke er nødvendig for domstolens resultat. Bemerkningen kan likevel tas til inntekt for at denne løsningen er det rette, et obiter dictum brukes gjerne til å klarlegge rettstilstanden.

Det finnes også eksempler i rettspraksis på at andre løsninger enn frifinnelse velges. I Rt. 1999 s. 1269 (Verksmestersaken) som omhandlet retten til å forholde seg taus, valgte retten bevisavskjæring foran frifinnelse. Domstolen kunne altså ikke bygge på båndopptakerbeviset hvor fengselsbetjenten uttalte seg om rømningen. Grunnlaget for å avsi fellende dom i slike tilfeller kan bli for tynt, og der hvor det aktuelle beviset er det eneste beviset, eller hovedbeviset, så må vel virkningen for gjerningsmannen bli frifinnelse til slutt likevel.

6.2.5 Oppsummering

Domstolen velger altså ikke automatisk frifinnelse ved brudd på tilleggsvilkårene, valget av konsekvens vil bero på det konkrete saksforholdet og en helhetsvurdering av den aktuelle saken er nødvendig. Når feilene blir så graverende at de samlet sett gir bevisproblemer eller lignende, så er det naturlig å velge frifinnelse. Se igjen Rt. 2000 s. 1223 (Trondheimsheroen) hvor Høyesterett foretar en slik samlet vurdering:

«...aksjonen har så alvorlige mangler at den ikke kan godtas som grunnlag for domfellelse».

Det er også viktig å se sammenhengen til dokumentasjonskravet her. Om politiet ikke har tilstrekkelig dokumentasjon på hva de har gjort, er det vanskelig å se om etterforskningen samlet sett er lovlig.

7 LOVFESTING

7.1 Legalitetsprinsippet

Straffeprosessloven har som nevnt ingen fullstendig regulering av hvilke etterforskningsmetoder politiet kan bruke. De fleste tradisjonelle etterforskningsmetodene er handlinger som alle kan foreta seg, og slike handlinger kan politiet utføre uten hjemmel i lov. Det er de etterforskningsmetodene som har elementer av tvang som krever uttrykkelig hjemmel som følge av legalitetsprinsippet, og dermed er lovregulert. De fleste lovregulerte etterforskningsmetodene er samlet i straffeprosesslovens del 4 om tvangsmidler.

Provokasjon er, som vi har sett, ikke lovfestet. At lovfesting ikke var nødvendig for provokasjon sin del, ble uttrykt allerede av Dorenfeldt tilbake i 1978.³¹ Justisdepartementet ga sin tilslutning til dette i forbindelse med forarbeidet til straffeprosessloven av 1981, se Ot.prp.nr.35 (1978-79) s. 179. Og Høyesterett uttalte seg klart i samme retning i dommen inntatt i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin):

«I og for seg er det klart at enkelte etterforskingsskritt representerer et slikt inngrep overfor den det rettes mot, at det ut fra legalitetsprinsippet må kreves lovhjemmel. Men jeg kan ikke se at bruk av slike ekstraordinære etterforskningsmetoder som det er tale om i vår sak, er av en slik art.»

³¹ Dorenfeldt, L.J. i Lov og rett 1978 s. 291-303 «Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?»

Det er altså ingen tvil om at provokasjon som etterforskningsmetode ikke blir sett på som så inngripende at metoden trenger lovhjemmel ifølge norsk rett.

Noe annet er at det likevel vil finnes begrensninger for bruk av metoden. At provokasjon ikke er lovfestet, betyr ikke at politiet kan anvende metoden på helt fritt grunnlag.

Høyesterett er tydelig på dette, og uttaler i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I):

«...når lovgiver har avstått fra å gi regler om bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder, har det ikke vært ut fra den forutsetning at slike metoder skulle være helt forbudt. Meningen har vært at grensen bør trekkes av domstolene i det enkelte tilfellet.

Høyesterett presiserer at i mangel av lovgivning, så må påtalemyndigheten lene seg på de tradisjonelle grunnsetningene som gjelder generelt for vår strafferett og straffeprosess:

«I mangel av lovregulering må skrankene bero på slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for strafferettspleie. Disse rettsprinsipper må påtalemyndigheten legge til grunn for sin etterforskningsvirksomhet, og det tilkommer i siste omgang domstolene å ta standpunkt til om prinsippene er overtrådt.»

7.2 Bør provokasjon som etterforskningsmetode lovfestes?

Selv om legalitetsprinsippet i seg selv ikke er til hinder for at provokasjon som etterforskningsmetode ikke er lovfestet, så kan det finnes andre grunner til at en lovfesting ville være det beste valget.

At borgerne har en klar og forutberegnelig rettstilstand å forholde seg til er et sterkt argument for lovfesting av provokasjon. Med dette tenker jeg både på at en så inngripende metode bør være underlagt faste regler for bruk, men også på at reglene skal være tilgjengelig for folket. Selv om folk flest ikke studerer lovtekstene noe mer enn Høyesterett sin praksis, så ville en lovfesting kunne ha stor betydning for den enkelte som blir utsatt for provokasjon. Å selv kunne se at det finnes en lovregel som beskriver situasjonen man har vært utsatt for, kan føles betryggende når man er usikker på om noe urettmessig har funnet sted. En lovfesting kan således skape tillit til politiet, siden man da selv kan se at politiet har holdt seg innenfor de lovfastsatte grenser.

Det er også et prinsipp i norsk rett at borgernes folkevalgte er de som skal sette opp lovreglene, på denne måten har vi alle litt å si ved at vi stemmer frem de som skal sitte med denne oppgaven på våre vegne. Dette er et grunnleggende prinsipp i ethvert demokrati, og verdien av at inngrep i enkeltmenneskers sfære må bestemmes av de folkevalgte, bør ikke undervurderes.

På den andre siden, så kan en lovfesting føre til en mer fastlåst rettstilstand. Når det gjelder provokasjon, har fleksibilitet vært ønsket. Dette presiseres i Ot.prp. nr 64 (1998-1999) punkt 16.2.4, å ikke lovfeste gir:

«en viss fleksibilitet som lett kan bli redusert hvis spørsmålet lovreguleres.»

Provokasjon kan brukes i mange svært ulike situasjoner, og en smidighet ved hvert enkelt tilfelle kan være av stor betydning for å få det beste utfallet i den konkrete saken. Til dette kan det motargumenteres med at en lovfesting ikke trenger å være så detaljert at det ikke er noen vurdering igjen til det konkrete tilfellet domstolene står ovenfor.

Prosessene med å få lovfestet provokasjon har alltid endt med konklusjonen om at det foretrekkes å la grensene bli trukket opp av rettspraksis, og at man heller kan vurdere en lovfesting med tiden.³²

Bakgrunnen for denne tilbakeholdenheten virker å ha vært skepsis til å kunne forutse alle tenkelige situasjoner provokasjon kunne skape, og at man så en trygghet i at enkelttilfellene fikk en mulighet til å komme for retten. Domstolen fikk da en utviklingsmulighet når de relevante tilfellene dukket opp, uten at et stivt regelverk ble satt opp på forhånd.

Dette argumentet hadde gode grunner for seg tidligere, men nå har man hatt en langvarig rettsutvikling, og domstolene har kommet borti en rekke ulike praktiske tilfeller hvor provokasjon er anvendt. Domstolene har kommet langt når det gjelder å sette opp vilkår for bruk av provokasjon, og en ensartet praksis følges, i hvert fall når det gjelder rammevilkårene. Argumentet er følgelig ikke like sterkt lenger.

³² Se Innst.O. nr. 37 (1980-81) s. 26 og NOU 1997:15 s. 52-53

Et annet argument mot lovfesting av provokasjon ble uttalt av riksadvokat Dorenfelt³³, og det går ut på at en slik lovregel ville være vanskelig å formulere. Det er også gjentatt i Ot.prp. nr. 35 (1978-79) s. 179. Dette var nok et godt argument før vi fikk den rettspraksisen som vi i dag kan lene oss på ved utformingen av en eventuell regel. Det er ingen tvil om at provokasjon er et krevende tema, men det gjelder en rekke andre temaer også. Det blir feil å unngå å lovfeste vanskelige temaer, det er jo kanskje disse som absolutt bør være lovfestet, nettopp fordi uklarhet kan oppstå her. Som nevnt, så trenger jo ikke en eventuell lovfesting å konkretisere alle detaljer rundt provokasjon, men man kan nøye seg med å få fastsatt utgangspunktene, som for eksempel grunnvilkåret. Man trenger ikke å velge mellom lovgivning eller utvikling i rettspraksis, et samspill mellom lovgiver og Høyesterett vil kunne gi oss både forutberegnelighet og effektivitet.

Danmarks lovfesting av provokasjon har blitt brukt som et eksempel på at lovfesting fungerer dårlig, se uttalelse i NOU 1997:15 pkt. 2.25:

«..denne lovreguleringen medførte at man i dag i Danmark i liten grad benytter provokasjonslignende tiltak ved etterforskning».

Men i Danmark innførte man et svært sterkt mistankekrav, som ligger tett opp til beviskravet for domfellelse, og i tillegg kunne man ikke anvende sivile provokatører i dansk rett. Da er det klart at det kan være vanskelig å få noe fruktbart ut av provokasjon som etterforskningsmetode, men en lovfesting i Norge trenger jo ikke å bli gjort på tilsvarende måte. Her er det utformingen av regelen som blir problemstillingen, selve konseptet lovfesting har ikke blitt bevist mislykket av eksempelet fra Danmark. For øvrig har også Danmark endret sine regler etterhvert, så nå tillatter de sivile provokatører likevel, og kravet til mistanke er noe lempet på.

³³ Dorenfeldt, L.J. i Lov og rett 1978 s. 291-303 «Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?»

8 BØR MAN ANVENDE PROVOKASJON SOM ETTERFORSKNINGSMETODE?

8.1 Innledende

Gjeldende rett er, som vi har sett, at provokasjon som utgangspunkt er en lovlig etterforskningsmetode i Norge, forutsatt at vilkårene oppstilt i rettspraksis blir fulgt. Selv om utgangspunktet er klart, så kan man spørre seg hvordan det *burde* være. Hva taler for og i mot å kunne anvende provokasjon i etterforskning?

En hovedgrunn til å tillate provokasjon som etterforskningsmetode er hensynet til effektiv bekjempelse av kriminalitet. Men, selv om man ønsker kriminaliteteten til livs, så kan man ikke glemme den mistenktes rettigheter.

8.2 Behovet for provokasjon

Behovet for provokasjon har særlig vært drøftet i forbindelse med kampen mot økende narkotikakriminalitet. Allerede i Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I) fremhever Høyesterett behovet for effektive metoder i narkotikasaker, og det understrekes at ved organisert narkotikakriminalitet:

”...vil det være behov for ikke bare å avdekke det enkelte lovbrudd, men også for å stanse tilførselslinjene.”

I NOU 1997:15 pkt 3.3.3.8 fremheves problematikken rundt narkotikahandlene som foregår i profesjonelle og gjerne skjulte miljøer. De involverte sitter ofte inne med mye kunnskap om politiets arbeidsmåter, og er godt organisert, i tillegg til å ha godt med ressurser. I motsetning til annen type kriminalitet, så anmeldes heller ikke narkotikatilfellene. Narkomane ønsker stoffet fremsatt fordi de er avhengig av det, og dermed har ofrene for kriminaliteten en felles interesse med importørene og selgerne. En annen faktor som gjør at narkotikakriminaliteten er vanskelig å avsløre, er voldsbruken i de organiserte miljøene. En hard voldskultur kan i sin tur føre til at vitner er redd for å forklare seg og til at miljøet vanskelig lar seg infiltrere. Dette igjen kan gi et økt behov for å anvende provokasjon.

I Melding til Stortinget nr. 7 2011: *Kampen mot organisert kriminalitet* gjentas mange av de samme synspunktene som ble tatt opp i 1997 når man diskuterer kriminalitetsutviklingen. Generelt sies det at den organiserte kriminaliteten fremdeles er i vekst, og at narkotikakriminalitet utgjør et betydelig arbeidsvolum for politi og påtalemyndighet, se meldingens punkt 1.5 og 4.1.2. Av meldingen kan vi også se at kriminalitetsutviklingen har medført at samme hensyn som begrunner behovet for ekstraordinære etterforskningsmetoder ved narkotikakriminalitet, også gjør seg gjeldende ved andre typer av kriminalitet. Tilfeller av eksempelvis menneskehandel og alvorlig vinningskriminalitet reiser de samme vanskelige problemstillingene. Her er også apparatet svært profesjonelt og godt organisert, og de har betydelige ressurser. Denne utviklingen kan bety at behovet for å benytte provokasjon vil øke i tiden som kommer. Det er etter dette liten tvil om at provokasjon er et nyttig virkemiddel for politiet i kampen mot den organiserte kriminalitet. De kriminelle bruker mer og mer intrikate metoder selv, og det er uunngåelig at dette medfører en form for opprustningskamp for å sikre en effektiv etterforskning. Behovet for å kunne bruke denne typen etterforskningsmetoder er definitivt til stede.

8.3 Utfordringer vedrørende bruk av provokasjon

8.3.1 Kriminalisering

Motforestillinger mot å bruke provokasjon kan begrunnes i et kriminaliseringshensyn. Med kriminalisering tenker man på at politiet fremkaller den straffbare handlingen siden deres innblanding ligger i forkant av hendelsen, kanskje på et tidspunkt hvor gjerningspersonen ikke har bestemt seg for om han ønsker å utføre en kriminell handling. På bakgrunn av dette, kan det foreligge fare for at politiet skaper kriminalitet med sin provokasjon. Hopsnes³⁴ bruker et eksempel hvor man ser for seg at politiet fremprovoserer en narkotikaforbrytelse mot noen som oppholder seg i et belastet miljø, men som selv enda ikke har deltatt i kriminelle handlinger. Om politiets provokasjon er det som leder personen inn i en kriminell løpebane, er det svært uheldig og går helt i mot politiets grunnleggende

³⁴ Se Hopsnes, Roald *Provokasjon som politimetode* Jussens venner 2/2003 s. 71 flg.

målsetning om å stanse kriminalitet. Her kommer også Hopsnes inn på de uheldige virkningene av et eventuelt fengselsopphold, en «prisoniserende» effekt kan vise seg der den fengslede innsosialiseres i rollen som kriminell. Det tenkes her på at fengselsoppholdet kan fungere mer som en «forbryterskole», enn som en egnet tilpasning til samfunnet.³⁵ Kriminalisering kan også ses i en større sammenheng, ikke bare kan det få store konsekvenser for det enkelte menneske at en forbrytelse fremprovoseres, det kan også rokke ved de prinsippene en rettsstat er bygget på. Hopsnes sier i så måte:

*«Dette kan også ses fra en rettsstatsynsvinkel. Enhver rettsstat må styre borgernes adferd og sanksjonere eventuelle regelbrudd, men en rettsstat skal ikke skape brudd som så sanksjoneres.»*³⁶

Det ville jo være svært betenkelig at staten først lager et forbud mot en handling, for å så fremprovosere en slik handling og deretter fengsle personen som utførte handlingen. Dette ville gjøre det mulig å misbruke provokasjonsinstituttet ved å bevisst fremprovosere handlinger hos personer man ønsker å få kontroll på gjennom en straffesak med påfølgende fengsling.

Etter dette ser man at faren for kriminalisering er et viktig element å ta i betraktning når grensene for provokasjon som etterforskningsmetode skal trekkes. At vi har grunnvilkåret som forbyr at politiet fremkaller handlinger som ellers ikke ville ha skjedd, blir essensielt. At politiet likevel kan være årsaken til visse endringer i hendelsesforløpet, kan forsvares med at det tross alt er den enkeltes valg å trå over grensene for hva som er ulovlig aktivitet, uavhengig av hva slags fristende situasjon man kan bli stilt overfor.

8.3.2 Misbruk

Enda mer betenkelig blir kriminaliseringsaspektet når provokasjon rettes mot *bestemte* personer. Eksempelvis kan man tenke seg at politiet ønsker å få fengslet en person som jevnlig har begått kriminalitet fordi de er sikre på at han snart vil gjøre noe galt igjen. Hvis

³⁵ Se Mathiesen, Thomas *Retten i samfunnet* 2005 s. 47 flg.

³⁶ Hopsnes s. 70

politiet benytter seg av provokasjon i den hensikt å få denne personen vekk fra gatene, så er det et klart misbruk av provokasjon som etterforskningsmetode.

I tilfeller som dette kan det også bli fare for at provokasjon blir benyttet som et politisk virkemiddel, der man eksempelvis prøver å friste sine politiske motstandere til å begå en ulovlighet, slik at de vil tape ansikt på den politiske arena. At det er tøft å bli beskyldt for eller bli tatt i kriminalitet når man er fremtredende person, har vi tydelige eksempler på her i Norge. Jeg tenker blant annet på den enorme mediadekningen av etterforskningen mot Tore Tønne. I 2002 ble det kjent at Økokrim etterforsket Tønne for å ha mottatt et større honorar fra advokatfirmaet BA-HR. Dette skulle være for rådgivning han utførte for Kjell Inge Røkke i forbindelse med oppkjøpet av Kværner i etterlønsperioden etter tiden som helseminister. Økokrim tok ut tiltale, og like etterpå ble Tønne funnet død. Dødsfallet ble raskt betegnet som selvmord.

Dette er illustrerende for hvilken enorm påkjenning det kan være å bli beskyldt for å ha gjort noe ulovlig, og hvilke fatale konsekvenser det kan få.

For å unngå at det kan sås tvil om politiets hensikter, ser vi hvor viktig det er at politiets steg under etterforskningen er tilstrekkelig dokumentert og kontrollert. Under en slik kontroll vil man kunne se om politiet kjente til gjerningsmannens identitet, og om han ble valgt bevisst eller bare ble viklet inn i hendelsesforløpet på grunn av aktiviteter han selv valgte. Vi kan bruke dommen inntatt i Rt. 2000 s. 1482 (199 kilo hasj) til illustrasjon.³⁷ Her ble altså sjåførene av den ulovlige lasten oppdaget på grensen, og sa seg villig til å samarbeide med politiet. Den som opprinnelig skulle motta lasten trakk seg, og sjåførene kontaktet leverandøren og han valgte ut en annen person til å motta lasten. Politiet kjente ikke den nye mottakerens identitet, og det var her ingen fare for misbruk.

Men, man kan se for seg at politiet i stedet hadde intruert sjåførene om å be om en bestemt person til å motta lasten etter politiets eget ønske. Da ville man ha klart ha vært innunder et misbrukstilfelle av provokasjon som metode.

³⁷ Også brukt som eksempel av Hopsnes, Roald i *Provokasjon som politimetode* Jussens venner 2/2003 s. 102

8.3.3 Tillit

Å tillate bruk av provokasjon, fører til at man vil måtte vurdere provokasjonens rettmessighet når saken kommer for retten. Gjerningsmannens forsvarer vil argumentere for at provokasjonen var ulovlig, og i så måte vil man måtte bruke tid på dette spørsmålet som ligger ved siden av sakens kjerne. En slik vridning av bevistemaet kan ha uheldige konsekvenser. I sin artikkel *Provokasjon som politimetode*³⁸ peker Roald Hopsnes på at dette kan skape forvirring hos lekdommere, spesielt når spørsmålet skal fremlegges foran en jury. Men det kan også svekke publikums tillit til rettsapparatet. Folk flest har lite forståelse for at en rettssak plutselig dreier seg i stor grad om politiets arbeidsmetoder, ikke den kriminelle handlingen i seg selv. Hopsnes bruker dommen inntatt i Rt. 2002 s. 1043 (35 kilo heroin) som eksempel på problemstillingen. Her ønsket forsvareren å få innsyn i politiets dokumenter for å kunne vurdere om provokasjonen hadde vært rettmessig. Høyesterett påla politiet å fremlegge dokumentene, men da valgte politiet å henlegge saken fordi det å gjøre innholdet av dokumentene kjent ville gjøre at informanten var i stor fare. Det kan være vanskelig for almenheten å forstå hvorfor man slipper å bli tiltalt når man blir tatt med 35 kilo heroin på seg, og hyppige tilfeller av slike forhold kan svekke tillitsforholdet mellom publikum og rettssystemet. Det er viktig at publikum har tillit til domstolene og statsapparatet i seg selv. En styresmakt folket føler tillit til, er et grunnleggende element i et velfungerende demokrati.

8.3.4 Personvern

Den friheten som et lavt overvåkningsnivå representerer, er noe mange verdsetter høyt.³⁹ En vid adgang til bruk av provokasjon kan medføre at den enkeltes frihet blir innskrenket. Man kan se for seg at politiet følger med på flere og flere miljøer for å kunne finne tilfeller hvor en anvendelse av provokasjon ville være berettiget, og i denne overvåkningen ville stadig flere borgere bli iaktatt, helt uavhengig av om de selv har gjort noe kriminelt eller ikke. Det er langt mellom det å tillate en videre provokasjon, til det å ende opp med et totalitært overvåkningssamfunn. Men, det er små skritt som dette som til sammen kan

³⁸ Hopsnes, Roald i *Provokasjon som politimetode* Jussens venner 2/2003 s. 74

³⁹ Se Ot.prp.nr 60 (2004-2005) punkt 1.2

utgjøre en stor forskjell med tiden, og gradvis kan man ha oppgitt friheter som vi tar for gitt i dag.

Nå kan man motvirke disse virkningene gjennom utformingen av regelsettet som skal gjelde for bruk av provokasjon. Når man har regler som bestemmer at provokasjon kun skal brukes hvor det er solid mistanke for alvorlig kriminalitet og kun hvor metoden ses forholdsmessig, så er det mindre sannsynlig at etterforskningsmetoden kan misbrukes med tanke på personvern.

8.4 Avsluttende bemerkninger

En hovedgrunn til å tillate provokasjon som etterforskningsmetode er hensynet til effektiv bekjempelse av kriminalitet. Dette er et hensyn som lett kan gis stor vekt, de fleste vil at politiet skal ha best mulig kontroll på kriminelle miljøer så vi alle kan føle oss tryggere.

Men, man må ikke la effektiviteten gå på bekostning av de prinsipper en rettsstat er bygget på. Selv om man ønsker kriminaliteten til livs, så kan man ikke glemme den mistenktes rettigheter. Det er så lett å støtte politiet i alt de ønsker å gjennomføre, siden vi alle kjenner deres aktverdige formål om å stanse kriminalitet, men ofte kan det være den mistenkte som har det største behovet for ekstra beskyttelse. Politiet er jo en mektig etat med mange ulike muligheter for inngrep, mens den som er mistenkt kan ha langt vanskeligere for å nå gjennom med sine synspunkter.

Å gjøre bruk av provokasjon ulovlig ville skape store vanskeligheter for politiet, metoden er essensiell for å kunne ta opp kampen med de organiserte nettverkene. Provokasjon er en av metodene som gjør det mulig for politiet å få tak i leverandørene i tillegg til selgerne, og det er en metode man oppnår gode resultater med.⁴⁰

Jeg mener at man må forsøke å motvirke ulempene ved bruk av provokasjon ved å presist utforme regelverket rundt temaet, ikke ved å forby bruk av metoden. I så måte synes jeg det ville være heldig å lovfeste deler av retningslinjene som har blitt til i rettspraksis. Det er nok ikke mulig å konkretisere alle detaljer rundt provokasjon med en lovfesting, men man kunne få fastsatt utgangspunktene. Å ha reglene i lovverket gjør metodebruken mer synlig, og lettere tilgjengelig for flere. Argumentet mot lovfesting som går på at man mister

⁴⁰ Jfr. samtale med representanter for avdelingen for organisert kriminalitet ved Oslo Politidistrikt

fleksibilitet, kan motvirkes nettopp ved at ikke alle detaljer fastsettes. Man trenger ikke å velge mellom lovgivning eller utvikling i rettspraksis, et samspill mellom lovgiver og Høyesterett vil kunne gi oss både forutberegnelighet og effektivitet.

I tillegg til lovfesting vil opplæring innad i politiet og holdningen til metoden ved etaten være viktig. Provokasjon bør ikke anvendes av alle tjenestemenn, og jeg tror det er helt rett at metoden forbeholdes de som har tatt etterutdanning og som er spesielt trent for denne typen oppdrag.⁴¹ Konsekvensene av feil anvendt provokasjon er store. Som vi har sett så skal ikke påtalemyndigheten reise sak når det har forekommet ulovlig provokasjon, og om det likevel reises sak, så frifinnes den tiltalte. At tjenestemennene som skal anvende metoden får grundig opplæring, og at en sunn holdning til metoden preger etaten vil kunne forhindre misbruk av provokasjon som etterforskningsmetode.

Så lenge man anvender provokasjon i tråd med retningslinjene vi har fått gjennom rettspraksis, kan man se det slik at fordelene man oppnår, veier opp for ulempene.

⁴¹ Man lærer ikke å anvende provokasjon i den almenne biten av politiutdanningen, men lærer dette gjennom kursing i jobbsammenheng etterpå, jfr. telefonsamtale til Politihøgskolen.

9 Litteraturliste

Juridisk litteratur

Andorsen, Kjell V. *Provokativ politietterforskning* Jussens venner 1/2001

Dorenfeldt L.J. *Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?* Lov og rett 1978 s. 291

Gammeltoft-Hansen, Hans *Agent Controlleur* Tidsskrift for Rettsvitenskap 1984 s. 89

Se Gammeltoft, Hansen, Hans *Strafferettspleje bind 2*

Se Hov, Jo *Rettergang II Straffeprosess* Studentutgave

Hopsnes, Roar *Provokasjon som politimetode*, Jussens venner 2/2003

Mathiesen, Thomas *Retten i samfunnet* 2005

Slettan Svein og Øie, Toril Marie *Forbrytelser og straff* 2001

Stortingsmeldinger

Stortingsmelding nr. 64 (1950): Angrepene på rettsoppgjøret med landssvikerne

Stortingsmelding nr. 7 (2010-2011): *Kampen mot organisert kriminalitet*

Forarbeider

NOU 2004:6 *Mellom effektivitet og personvern*

NOU 1997:15 *Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet*

Ot.prp nr. 35 (1978-79)

Ot.prp nr 64 (1998-99) *Lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v.*

Ot.prp.nr 60 (2004-2005) *Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven*

Innst.O nr. 3 (1999-2000) *Innstilling fra Justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v.*

Rundskriv

Riksadvokatens rundskriv av 1980

Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 av 26. april

Rettspraksis

Rt. 1984 s. 1076 (Politiheroin I)

Rt 1992 s. 1088 (Politiheroin II)

Rt. 1992 s. 64 (P-pilledom II)

I Rt. 1993 s. 473 (Piratdrosje I)

Rt. 1994 s. 319 (Piratdrosje II)

Rt. 1998 s. 407 (Skrik I)

Rt. 1999 s. 1269 (Verksmesterdommen)

Rt. 2000 s. 1223 (Trondheimsheroïn)

Rt. 2000 s. 1482 (199 kilo hasj)

Rt. 2007 s. 268 (Metamfetamin)

Konvensjoner

Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK)

Avgjørelser fra EMD

Texeira de Castro vs. Portugal, klagesak nr. 25829/94, dom av 9. juni 1998